UNIVERSITÄT LEIPZIG

Juristenfakultät

Leipziger Examens Offensive LEO

BGB III: Gesetzliche Schuldverhältnisse

Prof. Dr. Christian Berger, LL.M.

Mit Anhang „Fälle und Übersichten“
von Prof. Dr. Reinhard Welter

Übersicht zur Gliederung

Übersicht zur Gliederung ii

A. Literaturhinweise v
I. Lehrbücher allgemein v
II. Speziell zur Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) v
III. Speziell zum Bereicherungsrecht v
IV. Herausgabeanspruch und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV) vi
V. Fallsammlungen vi
VI. Klausuren vi

B. Bemerkungen zum Skript viii

Teil I 1

A. Ungerechtfertigte Bereicherung 1
I. Bereicherungsrecht (Überblick) 1
II. Bereicherungsarten 2
III. Leistungskondiktion 2
IV. Bereicherung in sonstiger Weise 14
V. Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts 21
VI. Sonderfall § 817 BGB 26

B. Besitz und Besitzschutz 29
I. Begriff 29
II. Funktionen des Besitzes 29
III. Besitzarten 29
IV. Besitzschutz 32

C. Der Vindikationsanspruch nach § 985 BGB 36
I. Der Herausgabeanspruch 36
II. Berechtigter und Anspruchsgegner 36
III. Recht zum Besitz 37
IV. Inhalt des Vindikationsanspruchs 39
V. Konkurrenzen 40

D. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 42
I. Grundlagen 42
II. Herausgabe von Nutzungen 45
III. Anspruch auf Schadensersatz 49
IV. Ersatz von Verwendungen 51

E. Der Erbschaftsanspruch 56
I. Überblick 56
II. Reichweite des Herausgabeanspruchs 56
III. Folgeansprüche 56
IV. Exkurs: Weitere Fälle der Surrogation (neben § 2019 BGB) 57

F. Geschäftsführung ohne Auftrag 58
I. Begriff und Anwendungsbereich 58
II. Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag 59
III. Die unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag 63
IV. Die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag 63

G. Fund 65
I. Übersicht 65
II. Verlorene Sachen 65
III. Finder 65
IV. Schuldverhältnis Finder – Eigentümer 65
V. Eigentumserwerb 66

VI. Verkehrsfund 66
VII. Schatzfund 66

Teil II (Fälle zu Teil I) 68
I. Fall 1 (Dreiecksverhältnis, Geheißerwerb – Bereicherungsrecht) 68
II. Fall 2 (Zahlung durch Versicherer – Bereicherungsrecht) 69
III. Fall 3 (Unberechtigte [Unter-]Vermietung – Bereicherungsrecht, GoA) 70
IV. Fall 4 (Rückgriff bei Zahlung auf fremde Schuld – Bereicherungsrecht) 71
V. Fall 5 (Flugreise nach New York – Bereicherungsrecht) 73
VI. Fall 6 (Wem gebührt die Leistung? – Bereicherungsrecht) 74
VII. Fall 7 (Herausgabe des Verkaufserlöses? – Bereicherungsrecht) 74
VIII. Fall 8 (Das kranke Pferd – Bereicherungsrecht) 76
IX. Fall 9 (Besitzschutzansprüche / fehlerhafter Besitzer) 77
X. Fall 10 (Zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis) 78
XI. Fall 11 (Besitz bei Probefahrt, Nutzungsersatz EBV) 79
XII. Fall 12 (Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – zur Wiederholung) 81
XIII. Fall 13 (Zur Geschäftsführung ohne Auftrag) 83
XIV. Fall 14 (Zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis) 83
XV. Fall 15 – Überbau (Verhältnis EBV zu Bereicherungsrecht) 85
XVI. Fall 16 (Der Scheinerbe) 87
XVII. Fall 17 (Ersatz der Aufwendungen für Störungsbeseitigung) 89
XVIII. Fall 18 (GoA – Selbstaufopferung) 90
XIX. Fall 19 (Einbau fremder Materialien) 91
XX. Fall 20 (Geschäftsführung ohne Auftrag durch Minderjährige) 92
XXI. Fall 21 (Fund) 94

Teil III (Anhang Fälle und Übersichten) 96

A. Ungerechtfertigte Bereicherung 96
I. Nichtleistungskondiktion 97
II. Leistungskondiktion (insbesondere in Dreiecksverhältnissen) 100
III. Nichtleistungskondiktionen 116
IV. Rechtsfolgen (Umfang des Bereicherungsanspruchs, Wegfall der Bereicherung, Haftung nach allgemeinen Vorschriften) 119
V. Skizzen 121

B. Besitz und Besitzschutz 124
I. Fall: Der vergessliche Student 124
II. Fall: Fahrraddiebstahl 127
III. Fall: Streit um das Auto 127
IV. Fall: Freche Parker 128
V. Fall: Streit in der Familie 128
VI. Fall: Streit unter Nachbarn 129
VII. Fall: Huckebeins umstrittenes Begräbnis 130
VIII. Fälle zu §§ 1006 und 1007 BGB 130
II. Übersichten zum Besitz 136
III. Zur Nacharbeit: 138

C. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV) 139
I. Fall: Scherben bringen Glück (Schadensersatz im EBV) 139
II. Porschefall I (Nutzungen im EBV) 141
III. Fall: Ärger mit der Werkstatt 143
IV. Porschefall II 144
V. Fall: Diebstahl der Zuchtstute (Verwendungen, Nutzungen, rechtsgrundlos = unentgeltlich) 146
VI. Zum Nacharbeiten: 150

D. Geschäftsführung ohne Auftrag 151
I. Fall: Vorbildlicher Jungjurist 151
II. Fall: Rentnerin in der Pleiße 154
III. Fall: Funkenflug 156
IV. Fall: Dumm gelaufen 157
V. Fall: Viereckige Augen 158
VI. Übersicht zur Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) 160
VII. Ansprüche bei GoA 161
VIII. Hinweise zur Nacharbeit 161

IX. Zum Abschluss: Examensfall zu GoA und Delikt (mit Besitzschutz) 161

E. Schatzfund gemäß § 984 165
I. Fall: Wem gehört der Schatz? 165
II. Lösungshinweise 165

A. Literaturhinweise

I. Lehrbücher allgemein

Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009;
Brehm/Berger, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014;
Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl. 2017;
Emmerich, Schuldrecht Besonderer Teil, 14. Aufl. 2015;
Gottwald, Prüfe dein Wissen – Sachenrecht, 16. Aufl. 2014;
Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994;
Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2016;
Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2017;
Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht (folgend BR), 25. Aufl. 2015;
Medicus, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007;
Medicus/Petersen, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht (folgend GW), 10. Aufl. 2014;
Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, Besonderer Teil; 18. Aufl. 2017 (erscheint Juni 2017);
Peifer, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2016;
Schmidt, Schuldrecht Besonderer Teil II, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2016;
Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 1. Aufl. 2013;
Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 31. Aufl. 2016.

II. Speziell zur Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)

Emmerich, Zur Haftung des Mieters bei unberechtigter Untervermietung, JuS 1996, 648;
Falk, Von Titelhändlern und Erbensuchern – Die GoA-Rechtsprechung am Scheideweg, JuS 2003, 833
Giesen, Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht, Jura 1996, 225; 288; 344;
Hey, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 2009, 400;
Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), JuS 2016, 12;
Martinek/Theobald, Grundfälle zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 1997, 992 und 1998, 27;
Martinek, Dr. Hinterstich`s letzte Heimfahrt, JuS 2000 L 37: Geschäftsführung ohne Auftrag, Zufallshaftung wegen Übernahmeverschuldens, Haftungsprivileg nach § 680 BGB;
Petersen, Die Entstehung und Prüfung von Ansprüchen, Jura 2008, 18;
Pfeifer, Ureigenste Geschäfte oder Auch-Gestion? - Zur Bedeutung unerkannt unwirksamer Verträge, JA 2008, 17-21;
Schmidt, Der Anwendungsbereich der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 2004, 862;
Staake, Die Polizei als Geschäftsführer ohne Auftrag, JA 2004, 800;
Staake, Die Gefälligkeit ohne Auftrag – Eine neue Kategorie im Recht der GoA?, JURA 2016, 651;
Tachau, Berechtigte GoA als unbestellte Leistung?, Jura 2006, 889;
Thole, Die Geschäftsführung ohne Auftrag auf dem Rückzug – Das Ende des „auch fremden" Geschäfts?, NJW 2010, 1243;
Wendlandt, Der Dombrandfall- Unechte Gesamtschuld, GoA und Bereicherung, Jura 2004, 325.

III. Speziell zum Bereicherungsrecht

Bayreuter/Arnold, Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Rückabwicklung einer rechtsgrundlosen Verfügung durch einen minderjährigen Nichtberechtigten, JuS 2003, 769;
Belling/Belling, Zahlungsdiensterecht und Bereicherungsausgleich bei nicht autorisierten Zahlungsvorgängen, JZ 2010, 708;
Blatz, Bürgerliches Recht: Schenkung mit Hindernissen, JuS 1996, L 61: Geschäftsfähigkeit, Formbedürftigkeit von Rechtsgeschäften, ungerechtfertigte Bereicherung, Ersitzung;
Canaris, Der Bereicherungsausgleich bei Bestellung einer Sicherheit an einer rechtsgrundlos erlangten oder fremden Sache, NJW 1991, 2513;
Conrad, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I Var. 1 BGB), JuS 2009, 397;
Früh, Bürgerliches Recht in der Fallbearbeitung, 6. Teil. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung; JuS 1995, 601;
Giesen, Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht, Jura 1995, 169; 234; 281;
Gursky, 20 Probleme aus dem Bereicherungsrecht, 6. Aufl. 2008;
Hoffmann, Die Saldotheorie im Bereicherungsrecht, Jura 1997, 416;
Hombrecher, Die verschärfte Haftung Minderjähriger nach § 819 I BGB – Der Flugreisefall, Jura 2004, 250;
Kern, Der geprellte Schwarzarbeiter (Anm. zu BGHZ 111, 308), JuS 1993, 193;
Lorenz, Bereicherungsrechtliche Drittbeziehung, JuS 2003, 729, 839;
Lorenz/Cziupka, Grundwissen – Zivilrecht: Bereicherungsrecht – Grundtypen der Kondiktionen;
Martinek, Der Bereicherungsausgleich bei veranlasster Drittleistung auf fremde nichtbestehende Schuld, JZ 1991, 395;
Medicus, Die verschärfte Haftung des Bereicherungsschuldners, JuS 1993, 705;
Michalski, Die analoge Anwendbarkeit des § 817 S. 2 außerhalb des § 817 S. 1, Jura 1994, 113;

Neef, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei fehlerhafter Anweisung, JA 2006, 458;
Petersen, Der Menzelbilderfall (RGZ 130, 69), Jura 1999, 297;
Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983;
Reuter, Rückabwicklung von Arbeitsverhältnissen, JuS 1998, 566;
Schlinker, Zur Kondiktion der Leistung bei Unkenntnis der Einrede aus § 275 II BGB, JA 2008, 423;
Schmidt zu BGH Urteil vom 3.2.2004 XI ZR 125/03, NJW 2004, 1315: Bereicherungsausgleich bei unwirksamer Scheckbegebung, JuS 2004, 543;
Schmidt-Recla, Vergleichende Überlegungen zur Restitutionssperre des § 817 S. 2 BGB, JZ 2008, 60-67;
Schreiber, Der Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis, Jura 1986, 539;
Staake, Die Bestimmung des Leistenden im Bereicherungsrecht, WM 2005, 2113;
Stamm, Kehrtwende des BGH bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit, NJW 2014, 2145;
Tommaso/Weinbrenner, Bereicherungsrechtliche Mehrpersonenverhältnisse nach § 822 BGB, Jura 2004, 649;
Wazlawik, § 817 Satz 2 BGB – Eine systemwidrige Norm?, ZGS 2007, 336 – 344;
Winkelhaus, Der Bereicherungsausgleich im Lichte des neuen Zahlungsdiensterechtes, BKR 2010, 441.

IV. Herausgabeanspruch und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV)

Ebenroth/Zeppernick, Nutzungs- und Schadensersatzansprüche im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 1999, 209 ff.;
Gursky, 20 Probleme aus dem BGB. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 9. Aufl., 2015;
Gursky, 20 Probleme aus dem Sachenrecht (ohne EBV), 8. Aufl., 2014;
Gursky, Der Vindikationsanspruch und § 281 BGB, Jura 2004, 433;
Hähnchen, Notwendige und nützliche Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 2014, 877;
Kempny, Zum Verständnis und zur Prüfung des § 992 BGB, JuS 2008, 858;
Lorenz, Privates Abschleppen - Besitzschutz oder Abzocke, NJW 2009, 1025;
Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 2013, 495;
Petersen, Grundfragen zum Recht des Besitzes, Jura 2002, 160;
Raue, Grundriss EBV: Struktur, Anspruchsgrundlagen und Konkurrenzen, Jura 2008, 501;
Petersen, Sonderfragen zum Recht des Besitzes, Jura 2002, 255;
Richter, Das Verhältnis des Erbschaftsanspruchs zum Eigentumherausgabeanspruch aus prozessualer Sicht, JuS 2008, 97-101;
Roth, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 2003, 937 (Überblick zum Einstieg);
Schmolke, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 - 1003 BGB), JA 2007, 101;
Schreiber, Der Herausgabeanspruch aus § 985, Jura 2005, 30;
Völzmann, Der Eigentumsherausgabeanspruch gegen den gutgläubigen Werkunternehmer bei Verarbeitung bestellerfremder Sachen, JA 2005, 264;
Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011.

V. Fallsammlungen

Dörner, BGB-Schuldrecht 2 (Reihe: Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, Band 3), 5. Aufl. 2002;
Fritzsche, Fälle zum Schuldrecht II – Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2016;
Vieweg/Röthel, Fälle zum Sachenrecht, 3. Aufl. 2014;
Wieling/Finkenauer, Fälle mit Lösungen zum Besonderen Schuldrecht (JuS-Schriftenreihe), 7. Aufl. 2012.

VI. Klausuren

Deutsch, Examensklausur im Zivilrecht, Undank ist der Welten Lohn, JA 2007, 504 (Rechtsverlust nach § 951, Bereicherungsrecht);
Dietrich, Referendarexamensklausur - Zivilrecht: Ohne Rechnung - mit Ärger, JuS 2009, 343;
Edenfeld, Der praktische Fall - Bürgerliches Recht - Das teure Frühstück, JuS 1998, 332 (Schwerpunkte sind unter anderem E-B-V, GoA und Eingriffskondiktion);
Fezer, Klausurenkurs zum Schuldrecht BT, Zivilrechtliches Examinatorium, 7. Auflage 2009;
Filbinger/Lebkücher, Fortgeschrittenenklausur: Aufsteig und Fall des Thommy M., ZJS 2015, 492 (Bereicherungsrecht und EBV);
Fritzsche/Thamm, Examensklausur ZR – Der untreue Treuhänder, Jura 2006, 375 (GoA, Bereicherungsrecht);
Gergen, Rasenmäher mit Bierflaschenhalterung, JA 2009, 12;
Hau; Zur Übung – Bürgerliches Recht: Die entdeckten Pandekten des Ferdinand Regelsberger, JuS 2002, 337 (Irrtumsanfechtung und Bereicherungsrecht);
Hellfeier, Referendarexamensklausur – Bürgerliches Recht: Schadensersatz- und Herausgabeansprüche des Eigentümers gegen den unredlichen Besitzer, JuS 2005, 436;
Hennemann/Paal, Referendarsexamensklausur – Zivilrecht: Bereicherungsrecht und Minderjährigenrecht, JuS 2011, 246;
Hoeren/Hilderink, Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Die Schwarzmacher, JuS 1999, 668 (Auslegung, Dissens, GoA, Verwendungsersatz);

Krampe/Amshoff, Original-Referendarexamensklausur - Zivilrecht: Der minderjährige Nichtberechtigte - Pannen beim Erwerb eines Fahrrads, JuS 2009, 55;
Musielak, Original-Referendarexamensklausur – Bürgerliches Recht: Probleme des Verwendungsersatzes, JuS 2006, 50;
Ranieri, Original-Referendarsexamensklausur – Bürgerliches Recht: Probleme des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, JuS 2004, 53;
Reinkenhof, Examensklausur im Zivilrecht, Arztverträge mit Minderjährigen, Jura 2006, 454 (Entreicherungseinwand des § 818 III BGB, verschärfte Haftung nach § 818 IV BGB);
Reiter, Examensklausur im Bürgerlichen Recht, Arbeits-, Zivilprozess-, Sachen- und Erbrecht, Jura 2008, 294 (Erbschaftsanspruch, Verwendungsersatz im EBV);
Schmieder/Volz, Schenkungswiderruf beim Todesfall, JA 2008, 44;
Stegmüller, Original-Referendarexamensklausur – Bürgerliches Recht: Kondiktion und Vindikation – Zwei Freunde, JuS, 2010, 332;
Schultheiß, Referendarsexamensklausur: Werkvertragsrecht und Kreditsicherungsrecht – Schwarzarbeit, JuS 2017, 142;
Tölle, Fortgeschrittenenklausur: Das Golfparadies, ZJS 2016, 329 (insb. GoA und Bereicherungsrecht).

B. Bemerkungen zum Skript

Das *Leipziger Skript* für den LEO-Block BGB III zu den Gesetzlichen Schuldverhältnissen umfasst folgende Themen:

- Bereicherungsrecht
- Vindikationsanspruch (§ 985 BGB)
- Besitz und Besitzschutz
- Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 ff. BGB)
- Geschäftsführung ohne Auftrag
- Fund.

Nicht umfasst ist das **Deliktsrecht**, das einem Block **in FerienLEO** zugeordnet ist.

Neben einem Teil des Besonderen Schuldrechts werden also examensrelevante **sachenrechtliche** Themen repetiert. Weitere Teile des Sachenrechts sind in anderen Blöcken enthalten, zB in Block V (Schwerpunkt Kreditsicherheiten) und vor allem in Block IV (Sachenrecht).

Dieses Skript enthält **drei Teile.**

- Der **Teil I** enthält den im Examen relevanten **Stoff**, der in der Veranstaltung besprochen wird.
- Ergänzt wird diese Darstellung durch zahlreiche vertiefende Fälle in **Teil II**, die inhaltlich, aber nicht umfangmäßig nicht an eine Examensklausur heranreichen, um sie in der Veranstaltung besprechen zu können.
- In der LEO-Lehrveranstaltung nicht herangezogen wird der **Teil III;** er enthält ergänzend thematisch einschlägige Fälle, die überwiegend mit einer Musterlösung vorgestellt werden. Sie eignen sich dazu, den vorgestellten Stoff in selbst organisierten Arbeitsgemeinschaften nachzuarbeiten. Speziell die Fälle, die Examensklausuren nachgebildet sind (S. 103, 146 und S. 161), sollte man selbst möglichst nahe an examensmäßigen Bedingungen zu lösen versuchen.

Vorschläge zur Verbesserung und zur Korrektur des Skripts sind wie immer willkommen.

In der vergangenen Jahren haben zahlreiche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter das Skript mit betreut. Ich danke insbesondere Dr. Annett Kwaschik, Dr. Frank Skamel, PD Dr. Marco Staake und Wiss MA Carlo Tunze.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei der Examensvorbereitung!

Leipzig im Mai 2020 Prof. Dr. Christian Berger, LL.M.

Teil I

A. Ungerechtfertigte Bereicherung

I. Bereicherungsrecht (Überblick) 1
II. Bereicherungsarten 2
III. Leistungskondiktion 2
1. Gegenstand 3
2. Leistung 4
3. Rechtsgrund 4
a) § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB 4
b) § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB 5
c) § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB 6
d) § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB 6
4. Ausschluss der Leistungskondiktion 7
a) § 814 Fall 1 BGB 7
b) § 814 Fall 2 BGB 8
c) § 815 BGB 8
5. „Dreiecksfälle“ 8
a) Nichtigkeit nur eines Kausalverhältnisses 8
b) Doppelnichtigkeit 9
c) Vertrag zugunsten Dritter 9
d) Anweisungsfälle / Kondiktion bei Scheckzahlung 10
e) Banküberweisung 12
f) Leistung auf fremde Schuld 13
g) Zahlung des Drittschuldners an den Pfändungsgläubiger 13
h) Zessionsfälle 13
IV. Bereicherung in sonstiger Weise 14
1. Eingriffskondiktion 14
2. § 816 BGB 17
a) § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB 18
b) § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB 18
d) § 816 Abs. 2 BGB 20
3. Rückgriffskondiktion 20
4. Verwendungskondiktion 21
V. Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts 21
1. Gegenstand der Kondiktionshaftung 21
2. Haftungsmaßstab 25
3. Bereicherungsrechtliche Ergänzungs- und Sekundäransprüche 22
a) Surrogate 22
b) Herausgabe von Nutzungen 22
c) Wertersatz 23
4. Einwand der Entreicherung 23
5. Saldotheorie 24
6. Aufgedrängte Bereicherung 25
7. Zusammenfassung im Überblick **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
8. Haftung des unredlichen/verklagten Bereicherungsschuldner 25
a) Bösgläubigkeit 25
b) Zurechnung von Kenntnis 25
c) „Allgemeine Vorschriften“ 26
VI. Sonderfall: § 817 BGB 26
1. Kondiktionsanspruch gemäß § 817 Satz 1 BGB 26
2. Kondiktionsausschluss gemäß § 817 Satz 2 BGB 26

Fallbearbeitung: Teil II: *Fälle 1* bis *8*, S. 68 ff.; Teil III: Fälle „Freche Abstauber“, „Ärger mit Badewannen“, etc., S. 96 ff.; Prüfungsschema für bereicherungsrechtliche Ansprüche, Teil III, S.123 ff; *Musielak*, (Original-)Referendarexamensklausur – Bürgerliches Recht: Probleme des Verwendungsersatzes, JuS 2006, 50; *Fritzsche/Thamm*, Examensklausur ZR – Der untreue Treuhänder, Jura 2006, 375; *Müller/Ham*, Topfverkäufer kocht vor Wut, JA 2006, 602; *Reinkenhof*, Jura 2006, 454, *Stegmüller*, JuS 2010, 332.

Übersichten: Teil I, S. 2; Teil III, 121 ff.

I. Bereicherungsrecht (Überblick)

Bereicherungsrecht hat die Funktion, *rechtsgrundlosen* Erwerb auszugleichen. Voraussetzung ist, dass der Bereicherungsschuldner etwas erlangt hat, das ihm „nicht zusteht“. **1**

Wesensmerkmale: Im Schadensersatzrecht geht es darum, dem Geschädigten (Anspruchssteller) eine Kompensation für seine Einbußen zu geben. Ob der Schädiger bereichert ist, ist unerheblich. **2**

> *Beispiel:* Zerstörung einer fremden Sache. – Der Schädiger dabei erlangt nichts, muss gleichwohl Schadensersatz leisten.

Anders im Bereicherungsrecht: Es fragt danach, was der Anspruchsgegner ohne Grund *erlangt* hat. Der Unterschied lässt sich insbesondere bei der Höhe des jeweiligen Anspruchs erkennen. **3**

> *Schulbeispiel*: Der A hat einen Sandhaufen auf seinem Grundstück liegen. Spaßvogel S kommt vorbei und entnimmt 10 Schaufeln Sand, den er zu dem Grundstück des Nachbarn N karrt. Infolge starker Windböen verliert S unterwegs 2

Schaufeln Sand. – Bereicherungsrechtlich muss N 8 Schaufeln Sand zurückgeben (das hat N erlangt), schadensersatzrechtlich muss S 10 Schaufeln Sand dem A geben (das ist der Schaden des A).

Prägnant BGH GRUR 1977, 250, 253 f.:

> „Die Schadensersatzleistung soll einen Vermögensverlust des Gläubigers ausgleichen; die Bereicherungshaftung erfasst die für den Schuldner vorteilhafte Vermögensänderung. Der Schadensersatzberechtigte wälzt seinen Verlust auf den Verantwortlichen ab; dieser hat den Schaden ohne Rücksicht auf den Bestand seines Vermögens zu ersetzen. Beim Bereicherungsausgleich ist nur der Vorteil herauszugeben, der dem Schuldner erwachsen ist; der Zugriff auf das „Stammvermögen" des Bereicherungsschuldners ist nur gestattet, wenn der Vermögensvorteil in der Ersparnis eigener Aufwendungen liegt oder die Voraussetzungen der §§ 819, 818 Abs. 4 BGB gegeben sind. Das Schadensersatzrecht sanktioniert und gleicht aus; die Bereicherungshaftung beruht allein auf dem Prinzip der verteilenden Gerechtigkeit."

4 Wichtigste **Anwendungsgebiete** des Bereicherungsrechts:

- Rückabwicklung bei rechtsgrundlosen, aber aufgrund des Abstraktionsprinzips wirksamen Verfügungen; es geht insofern um die Rückabwicklung „gescheiterter" Verträge (Leistungskondiktion).
- Rechtsgüterschutz (bei Eingriffskondiktion).
- Ausgleichsansprüche (bei Verwendungs- und Rückgriffskondiktion).

5 **Rechtsfolgen** des Bereicherungsrechts

- Normalfall: Anspruch auf Rückgewähr; Anspruchsgrundlage ist § 812 Abs. 1 BGB.
- Wichtig aber auch: Die Bereicherungseinrede (diese hat keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, wird in § 821 BGB aber vorausgesetzt).

Beispiel: Begründung eines abstrakten Schuldverhältnisses durch Anerkenntnis (§ 781 BGB) ohne Rechtsgrund; irrtümliche Gutschrift (vgl. § 675t Abs. 1 Satz 2 BGB) einer Bank auf dem Kunden-Konto (*Palandt/Sprau*, BGB, § 821, Rn. 1).

Hier kann der Schuldner Rückgewähr durch Erlass der Forderung (§ 397 BGB) verlangen (Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Abs. 2 BGB). Klagt der Gläubiger aus dem Schuldanerkenntnis oder der Gutschrift, kann der Schuldner die Bereicherungseinrede erheben (vgl. § 821 BGB). – Ebenso bei einer (etwa mangels wirksamer Sicherungsabrede) rechtsgrundlos bestellten Grundschuld.

II. Bereicherungsarten

6 Im Kondiktionsrecht unterscheidet man zwischen Bereicherung durch *Leistung* und Bereicherung *in sonstiger Weise* („Trennungslehre").

7 Überblick über die Tatbestände der Kondiktionen:

Anspruchsgrundlage	**Bedeutung**		**Bemerkungen**	**Kondiktionssperre**
§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB; auch § 813 BGB	Leistung ohne rechtlichen Grund	Condictio indebiti	Leistung erfolgt solvendi causa, d. h. zur Tilgung einer Verbindlichkeit	§§ 814, 815 BGB
§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB; auch §§ 816; 822 BGB	Etwas erlangt in sonstiger Weise	„Nichtleistungs-kondiktion"	Eingriffskondiktion; Rückgriffskondiktion; Verwendungskondiktion	
§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB	Wegfall des (zunächst bestehenden) rechtlichen Grundes	condictio ob causam finitam		
§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB	Der mit der Leistung bezweckte Erfolg tritt nicht ein	condictio ob rem		§ 815 BGB
§ 817 Satz 1 BGB		condictio ob turpem vel iniustam causam		§ 817 Satz 2 BGB

III. Leistungskondiktion

Literatur: *Giesen*, Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht - Die ungerechtfertigte Bereicherung (Teil 1 - Leistungskondiktionen), Jura 1995, 169; *Conrad*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I Var. 1 BGB), JuS 2009, 397.

8 Fälle der Leistungskondiktion:

- § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB (Hauptfall);
- §§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 und Fall 2 BGB;
- §§ 813, 817 BGB sind ebenfalls Fälle der Leistungskondiktion, werden hier aber zunächst zurückgestellt.

Voraussetzungen der Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB (Überblick): **9**

- Jemand (= Bereicherungsschuldner);
- hat etwas erlangt;
- durch Leistung;
- ohne Rechtsgrund.

Das Merkmal: „Auf Kosten von" spielt bei der Leistungskondiktion keine Rolle. Es soll bei der *Eingriff*skondiktion den Bereicherungsgläubiger bestimmen. Wer eine Einbuße erlitten hat, kann kondizieren. **10**

Die Bestimmung des Gläubigers bei der *Leistungs*kondiktion übernimmt der Leistungsbegriff: Wer geleistet hat, kann kondizieren.

1. Gegenstand

Im Gesetz heißt es: **„etwas"** erlangt. Es heißt dort *nicht*: „Recht" erlangt. Daraus folgt: Der Gegenstand der Leistungskondiktion muss ganz weit gefaßt werden: Als Gegenstand der Leistungskondiktion kommt alles in Betracht, was geleistet werden kann („*irgend* etwas"). Einen Vermögenswert muss das Erlangte nicht haben, auch wenn dies häufig der Fall sein dürfte. **11**

> *Beispiele:* Eigentum, Besitz, sonstige Rechte, etwa Forderungen und Immaterialgüterrechte, aber auch Befreiung von einer Verbindlichkeit, Aufhebung einer Belastung, etwa eines Pfandrechts, ferner Dienstleistungen und Gebrauch oder Nutzung von Sachen (etwa eines Pkws), auch Schuldverhältnisse (vgl. § 812 Abs. 2 BGB).
>
> Dass bei erlangten Dienstleistungen und Nutzungen keine Herausgabe in Natur möglich ist, schadet nicht: Der Schuldner hat nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten.

Es muss sich bei dem Erlangten namentlich *nicht* um ein vollständiges Vermögensrecht handeln; insbesondere genügt ein **Anwartschaftsrecht**. Ein Anwartschaftsrecht liegt vor, wenn der Erwerber bei einem mehraktigen Erwerbstatbestand schon eine solche Rechtsstellung erlangt hat, dass der Veräußerer den Vollrechtserwerb nicht mehr einseitig verhindern kann. **12**

> *Beispiel:* Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers nach bedingter Einigung und Übergabe der Kaufsache, Anwartschaftsrecht des Grundstückserwerbers nach Eintragung einer Vormerkung bzw. Stellung des Eintragungsantrags.

Beachte aber: Besteht wirklich ein Anwartschaftsrecht? Ist beim Vorbehaltskauf (§ 449 BGB) der Kaufvertrag nichtig, entsteht kein Anwartschaftsrecht, weil die Bedingung (Zahlung des Kaufpreises) nicht eintreten kann (so hM, *Jauernig* JuS 1994, 723; vgl. dazu *Brehm/Berger*, Sachenrecht, Rn. 31.7). Folglich kann auch kein Anwartschaftsrecht kondiziert werden. Hatte der Vorbehaltsverkäufer die Kaufsache schon übergeben, ist der Käufer nur um den *Besitz* rechtsgrundlos bereichert. **13**

Ein Kondiktionsanspruch besteht hingegen, wenn der Käufer beim *wirksamen* Kaufvertrag das wirklich erlangte Anwartschaftsrecht rechtsgrundlos einem Dritten überträgt (dazu *Brehm/Berger*, Sachenrecht, Rn. 31.9), etwa an eine Bank zur Sicherung eines Darlehens. Ist der Sicherungsvertrag mit der Bank nichtig, kann der Käufer bei der *Bank* das *Anwartschaftsrecht* nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB kondizieren. **14**

Auch jede andere nur **vorteilhafte Rechtsposition** kann Gegenstand der Leistungskondiktion sein. **15**

> *Beispiel:* V verkauft an K ein Grundstück. Die Auflassung wird wirksam erklärt. Die Eintragung im Grundbuch ist noch *nicht* erfolgt. Der Kaufvertrag ist nichtig.

Hier hat der Käufer *aus der Auflassung* eine vorteilhafte Position erlangt. Ob ein **Anwartschaftsrecht** vorliegt, hängt davon ab, ob der Käufer den Eintragungsantrag gestellt hat (vgl. §§ 13 Abs. 1 Fall 2, 17 GBO) oder eine Vormerkung (§ 883 BGB) eingetragen wurde. Aber selbst wenn dies nicht der Fall ist, also kein Anwartschaftsrecht entstanden ist, besteht ein Bereicherungsanspruch. Sein Inhalt ist gerichtet auf die Aufhebung der dinglichen Einigung bzgl. der Auflassung.

> *Beachte:* Wenn die Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 BGB nicht vorliegen, kann der Verkäufer die Auflassung sogar einfach nur widerrufen, weil er noch nicht gebunden ist.
>
> *Weiteres Beispiel („doppelnichtiger Grundstückserwerb"):* Der Käufer eines Grundstücks wurde nach Auflassung im Grundbuch als Eigentümer *eingetragen*. Jetzt stellt sich heraus, dass der Verkäufer geschäftsunfähig (§§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB) war (oder Kaufvertrag und Auflassung wirksam anficht, § 142 Abs. 1 BGB).
>
> Hier hat der Käufer (trotz Nichtigkeit beider Rechtsgeschäfte, also auch der Verfügung, sog. „Doppelnichtigkeit") aufgrund seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch immerhin eine „**Buchposition**" erlangt, die „vorteilhaft" ist, weil daran die Vermutung des § 891 BGB anknüpft und ein redlicher Erwerb nach § 892 BGB ermöglich wird. – Der Käufer schuldet Grundbuchberichtung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB; daneben darf hier der (dingliche!) Grundbuchberichtungsanspruch nach § 894 BGB nicht übersehen werden.

§ 812 Abs. 2 BGB stellt klar, dass auch ein **Schuldverhältnis** geleistet werden kann (vgl. § 781 BGB; ein Beispiel ist die Gutschrift auf einem Bankkonto [vgl. § 675t Abs. 1 Satz 2 BGB]). Wenn es irrtümlich und daher ohne Rechtsgrund eingegangen ist, besteht ein *Anspruch auf Befreiung* von der daraus folgenden Verbindlichkeit (durch Erlass, § 397 BGB). Falls der Gläubiger aus dem „rechtsgrundlosen" Schuldanerkenntnis vorgeht, hat der Schuldner die „Bereicherungseinrede". **16**

Querverweisung: Bereits beim Überblick über die Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts (→ Rn. 5) wurde hingewiesen auf die Sicherungsgrundschuld, die ohne Rechtsgrund eingegangen wurde (weil Sicherungsabrede nichtig ist); hier besteht ebenfalls eine Einrede gegen die Sicherungsgrundschuld („Bereicherungseinrede"), die der Eigentümer erheben kann, wenn der Grundschuldgläubiger aus der Grundschuld vorgeht. Ferner besteht ein Anspruch des Eigentümers auf Aufhebung (vgl. §§ 875, 1183 BGB) nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB, überdies ein Anspruch auf Verzicht auf die Grundschuld nach §§ 1192 Abs. 1, 1169 BGB. **17**

2. Leistung

18 Voraussetzung der Leistungskondiktion ist eine „Leistung". Die Begriffsmerkmale der Leistung sind gesetzlich nicht geregelt. Zunächst hatte man einen „natürlichen Leistungsbegriff" vertreten. Leistung sei jede bewußte Vermehrung fremden Vermögens. Maßgeblich ist danach eine vom Leistungswillen getragene Handlung.

Bedeutung:

- Die Vermögensmehrung muss „verursacht" worden sein durch eine Handlung des Gläubigers. Keine Leistung liegt vor, wenn Kühe auf des Nachbars Grundstück grasen. Hier kommt nur die Eingriffskondiktion in Betracht.
- Die Vermögensmehrung muss ferner „gewollt" gewesen sein; unbewusste Vermögensmehrung genügt nicht.
- *Schulbeispiel*: Keine Leistung an den Schulträger, wenn ein Hausmeister versehentlich eigenes Heizmaterial für die Beheizung der Schule verwendet. Hier nur Bereicherung „in sonstiger Weise". – Das Beispiel ist überholt, weil Hausmeister gewöhnlich nicht mehr in der Schule wohnen.

19 Heute herrscht der sog. „finale Leistungsbegriff", der eine Ergänzung um die „Zweckrichtung" der Leistung enthält:

> Leistung im Sinne des Bereicherungsrecht ist eine bewusste und *zweckgerichtete* Vermehrung fremden „Vermögens".

- Danach kommt es in erster Linie auf die der Zuwendung gegebene Zweckbestimmung an; maßgeblich ist, welchen Zweck die Betreffenden nach ihrem zum Ausdruck gekommenen Willen verfolgt haben.
- Funktion der Zweckrichtung: Das Merkmal soll die Frage beantworten, wer an wen geleistet hat und auf welchen Rechtsgrund hin geleistet wurde. Damit bestimmt das Merkmal „Zweckrichtung" den Gläubiger und den Schuldner des Bereicherungsanspruchs; das ist besonders bei Drei-Personen-Verhältnissen bedeutsam.
- Im Wortlaut BGH NJW 2018, 1079, Rn. 17:

> Unter einer Leistung iSd § 812 I 1 Alt. 1 BGB ist die bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens zu verstehen. Für die Beurteilung, wer Leistender und wer Empfänger einer Leistung ist, kommt es in erster Linie auf die der Zuwendung gegebene Zweckbestimmung an. Maßgeblich ist grundsätzlich der Zweck, den die Beteiligten im Zeitpunkt der Zuwendung mit dieser nach ihrem zum Ausdruck gekommenen Willen verfolgt haben. Stimmen die Vorstellungen der Beteiligten nicht überein, ist nach der gefestigten Rechtsprechung des *BGH* eine objektive Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers (Empfängerhorizont) geboten. Es kommt darauf an, wie eine vernünftige Person in der Lage des Empfängers die Zuwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste und durfte (s. nur *BGH*, NJW 2016, 3027 Rn. 34; NJW 2016, 2260 = NZM 2016, 676 Rn. 21; jew. mwN). Diese Grundsätze gelten auch für den Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen (*BGH*, NJW 2016, 3027 mwN).

Eingehend dazu → Rn. 43 ff.; → dazu auch Fall 1, S. 68.

3. Rechtsgrund

20 Die Leistung muss **ohne Rechtsgrund** erfolgt sein.

> Der Rechtsgrund ist das Rechtsverhältnis, nach dem sich bestimmt, ob die Leistung dem Empfänger *gebührt*.

Der – vermeintliche – Rechtsgrund wird vom leistenden Schuldner gesetzt (finaler Leistungsbegriff).

a) § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB

21 Der Hauptfall ist § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB: Der Rechtsgrund fehlt, wenn etwas geleistet wurde, obgleich ein *Anspruch darauf (überhaupt) nicht* besteht.

> *Beispiele:* Lieferung trotz nichtigen Kaufvertrags. – Begründung eines Sicherungsrechts trotz nichtiger Sicherungsabrede.
>
> *Interessanter Fall zur Vertiefung („Schenkungseinwand"):* B sagt A: „Ich bräuchte dringend mal 100 Euro". A überreicht B den Betrag und geht davon aus, es sei ein Darlehen; B meint, der A wolle ihm das Geld schenken.

Ob ein Vertrag und wenn ja welcher Vertrag (Darlehen/Schenkung) hier zustande kommt, ist eine Frage der Auslegung im Einzelfall (§§ 133, 145 BGB: Wie durfte B die konkludente Willenserklärung des A verstehen?). Wenn ein Dissens vorliegt, ist kein Vertrag zustande gekommen (§ 155 BGB greift nur bei Dissens in Nebenpunkten, *Jauernig/Mansel*, BGB, § 155, Rn. 1/2), und es fehlt an einem Rechtsgrund für die Zuwendung. Führt die Auslegung zu einem Schenkungsvertrag, kann A wegen eines Inhaltsirrtums anfechten (§§ 119 Abs. 1 Fall 1, 142 Abs. 1 BGB) – A kann den Betrag also entweder nach § 488 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB oder nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zurück verlangen.

Beachte auch § 528 BGB (Rückforderung bei Verarmung des Schenkers) mit Verweisung auf §§ 818 ff. BGB.

> Zur Beweislast bei Leistungskondiktion und Schenkungseinwand instruktiv BGH NJW 1999, 2887: Wenn A sich auf § 488 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB stützt, muss er den Darlehensvertrag beweisen, wenn er kondiziert, muss er *Nichtbestehen* der (von B behaupteten) Schenkung (des behaupteten Rechtsgrunds) beweisen.
>
> *Prozessuales Problem*: Streitgegenstand bei Rückforderungsklage? Kann A, nachdem seine Darlehensrückzahlungsklage abgewiesen worden war, nochmals klagen, gestützt auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB? Liegt im Prozess eine Klageänderung vor, wenn A zunächst ein Darlehen behauptet, später aber kondizieren will? Wohl nicht, denn der (prozessuale) Streitgegenstand ändert sich nicht. Zwar stehen dem B kondiktionsrechtlich Einwendungen zur Seite (§ 818 Abs. 3 BGB), die darlehensrechtlich ausscheiden; allerdings bestimmen Einwendungen nicht den Streitgegenstand.

22 Der Rechtsgrund fehlt ferner, wenn etwas geleistet wurde, obgleich der (bestehende) *Anspruch einem anderen zusteht*.

Beispiel: A hat bei B einen Computer gekauft. Der Kaufpreis soll per Banküberweisung beglichen werden. A verschreibt sich bei der Angabe der Bankverbindung; das Geld wird dem Konto des L gutgeschrieben. A kann bei L nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB kondizieren, muss aber an B zahlen.

Beachte: Wenn an einen „Empfangszuständigen" geleistet wird, ist der *Vertretene* der Leistungsempfänger.

Beispiel: Minderjähriger / Eltern: Es besteht kein Kondiktionsanspruch, wenn die Zuwendung auf einen Anspruch eines Minderjährigen den *Eltern* erbracht wird; gegen den Minderjährigen nicht, weil dieser einen Leistungsanspruch hatte; gegen die Eltern nicht, weil an diese nicht geleistet wurde; sie erhielten die Zuwendung nur als „Empfangszuständige". Fehlt der Anspruch des Minderjährigen, kann bei den Eltern nicht kondiziert werden.

Der Rechtsgrund fehlt schließlich, wenn etwas *anderes* geleistet wurde, als *geschuldet* war. **23**

Beispiel: Bei der Gattungsschuld Sachen, die *nicht* mittlerer Art und Güte sind (§ 243 Abs. 1 BGB).

Vertiefung: Verhältnis der Leistungskondiktion zur kaufrechtlichen Falschlieferung: **24**

Im Kaufrecht stellt § 434 Abs. 3 BGB die Falschlieferung einer mangelhaften Lieferung gleich. Das hat zur Folge, dass dem Käufer nach § 439 Abs. 1 BGB ein *Nacherfüllungsanspruch* zusteht, hier regelmäßig gerichtet auf Lieferung der geschuldeten Kaufsache (*Jauernig/Berger*, BGB, § 434, Rn. 22).

§ 434 Abs. 3 BGB soll bei evidenter Falschlieferung nicht gelten (*Beispiel*: Spielzeugauto statt Pkw).

Die falsch gelieferte Sache muss der Käufer gemäß §§ 439 Abs. 5, 346 ff. BGB zurückgewähren; die Rückabwicklung erfolgt also nicht nach Leistungskondiktionsrecht (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB wird verdrängt), sondern nach Rücktrittsrecht. – Dieser Rückgewähranspruch ist i.ü. nicht durch § 241a Abs. 1 BGB ausgeschlossen (*Jauernig/Berger*, BGB, § 434, Rn. 23); arg.: § 241 Abs. 2 BGB.

Behält der Käufer die gelieferte Kaufsache, kann ggf. nach § 151 BGB ein Änderungsvertrag zustande gekommen sein. Voraussetzung ist freilich ein entsprechendes Angebot des Verkäufers, das (auch konkludent) in der Falschlieferung liegen kann.

Macht der Käufer den Nacherfüllungsanspruch nicht geltend (etwa wenn und weil eine sehr viel *wertvollere* Sache [massiv goldener Ring] als die Kaufsache [vergoldeter Ring] geliefert wurde), kann der Verkäufer gleichwohl analog § 439 Abs. 5 BGB die gelieferte Sache (Zug um Zug gegen Lieferung der geschuldeten Sache) zurückverlangen (*Jauernig/Berger*, BGB, § 434, Rn. 23 [cc]); andere wenden § 812 Abs. 1 BGB an (vgl. *Lorenz* JuS 2003, 36).

Bei einer *Zuviellieferung* (*Beispiel*: statt gekaufter 100 Flaschen Wein werden 200 geliefert) kann der Verkäufer gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB (100 Flaschen) kondizieren. **25**

Eine Leistungskondiktion kann schließlich gegeben sein, wenn der Schuldner dem Gläubiger **vermeintlich aus mehreren Gründen** zu einer Leistung verpflichtet ist. **26**

Beispiel: Es besteht eine Darlehensschuld des S bei G, dieser erbringt seine Zahlung nach der Zweckbestimmung aber auf eine irrtümlich angenommene, in Wahrheit aber nicht bestehende Kaufpreisschuld.

Hier gilt grundsätzlich § 366 BGB: Die Leistungsbestimmung durch den leistenden Schuldner entscheidet, auf welches Rechtsverhältnis gezahlt wird; im Beispiel kann S also seine Zahlung von G zurück fordern, muss dann aber die Darlehensschuld noch begleichen.

Im Regelfall kann G dem Rückforderungsanspruch des Zahlenden S gegenüber mit der offenen Darlehensverbindlichkeit nach §§ 387 ff. BGB aufrechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB wegen der noch ausstehenden Schuld ausüben, nicht aber eine andere Tilgungsbestimmung verlangen (*Jauernig/Stürner*, BGB, § 366, Rn. 1).

Vertiefung: **Rechtskräftiges Urteil „als Rechtsgrund":** Wurde der Schuldner zur Leistung verurteilt, kann er diese nicht unter Hinweis auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zurückfordern, wenn das Urteil *rechtskräftig* ist. Aufgrund der materiellen Rechtskraft des Leistungsurteils steht fest, dass der Kläger vom Beklagten die Leistung beanspruchen konnte. Damit steht auch der „Rechtsgrund" unbestreitbar fest. Aufgrund der präjudiziellen Wirkung (*Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 62 III 2) der Verurteilung aus dem Vorprozess hat der Richter im Kondiktionsprozess die Klage abzuweisen. **27**

b) § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB

Eine weitere Fallgruppe der Leistungskondiktion ist in § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelt. Voraussetzung ist, dass dem Anspruch, auf den geleistet wird, eine **dauernde** (= „peremptorische") **Einrede** entgegen steht. **28**

Zum Hintergrund: Eine Einrede ist ein „Gegenrecht" des Schuldners gegen einen Anspruch. Der Anspruch erlischt aber nicht, wenn die Einrede ausgeübt wird, er wird nur undurchsetzbar. Anders bei einer „Einwendung". *Bereicherungsrechtlich* wird die „dauernde" Einrede aber wie eine anspruchsausschließende Einwendung behandelt.

Beispiel: B kann von S Schadensersatz verlangen. Weil S versehentlich den A für den Geschädigten hält, gibt er A gegenüber ein Schuldanerkenntnis „gegen eine 3-monatige Stundung" ab. Später zahlt S an A auf das Schuldanerkenntnis. – Hier kann S bei A kondizieren, denn dem Anspruch aus dem Schuldanerkenntnis stand die Bereicherungseinrede entgegen. → Fall „Fehlende Schlusslieferung" S. 104 und „Mensch Meyer wertet sich auf" S. 106.

Beispiel: § 853 BGB; Forderungsbegründung aufgrund z. B. arglistiger Täuschung und Leistung.

Beispiel: § 2083 BGB (Erbe ficht Vermächtnis nicht innerhalb der Frist des § 2082 an und leistet).

Vorübergehende (= „dilatorische") Einreden genügen bei § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB **nicht**. Wer auf einen Anspruch leistet, dem eine vorübergehend Einrede entgegen steht, kann nicht kondizieren. Ein Beispiel ist § 320 BGB. *Merke*: Wer nicht auf „Zug-um-Zug"-Leistung besteht, also vorleistet, kann nicht zurückfordern! → Fall „Fehlende Schlusslieferung", S. 104. **29**

Unter § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB fallen auch *nicht* Gestaltungsrechte wie die Aufrechnungsbefugnis oder Anfechtungsmöglichkeit, die *nach Ausübung* zu einer Einwendung und damit zu § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB führen. **30**

Beispiel (Bürgenzahlung bei anfechtbarem Hauptvertrag): G verkauft einen Pkw an S für 10.000 Euro. S ist dabei ein Irrtum (§ 119 Abs. 1 BGB) unterlaufen. B hat sich gegenüber G für die Kaufpreisschuld unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (vgl. § 771 BGB) verbürgt (§ 765 BGB) und leistet an G. Als B von dem Irrtum des S erfährt, verlangt er von G 10.000 Euro zurück.

Als Anspruchsgrundlage kommt § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB in Betracht. Hier bestand allerdings ein Rechtsgrund in Form des Bürgschaftsanspruchs. Nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB könnte B die Zahlung gleichwohl zurückverlangen, wenn ihm gegen den Bürgschaftsanspruch eine dauernde Einrede zusteht. Eine Einrede ergibt sich hier aus § 770 Abs. 1 BGB: B konnte die Zahlung verweigern, solange S anfechten kann. Das ist aber *keine* „dauernde" Einrede.

Eine Rückforderung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB kommt daher nur in Betracht, wenn S nach der Zahlung durch B an G anficht. Dann entfällt rückwirkend (§ 142 Abs. 1 BGB) der Kaufpreisanspruch und damit wegen der Akzessorietät der Bürgschaft (vgl. § 765 Abs. 1 BGB) auch der Anspruch aus dem Bürgschaftsvertrag. Möglich ist auch, den Rückforderungsanspruch dann auf § 812 Abs. 1 *Satz 2 Fall 1* BGB (Wegfall eines zunächst bestehenden Rechtsgrundes) zu stützen.

Ficht S nicht (unverzüglich, § 121 Abs. 1 BGB) an, kann B bei S natürlich Regress nehmen, vgl. § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB!

Frage: Haftet Bürge B für eventuelle Schadensersatzansprüche des G gegen S nach § 122 BGB? Das ist eine Frage der Auslegung des Bürgschaftsvertrags (§§ 133, 157 BGB). Beachte dabei aber § 766 BGB! Das gefundene Auslegungsergenis muss in der Urkunde zumindestens angedeutet worden sein („Andeutungstheorie").

31 Eine **Ausnahme** von § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB sehen §§ 813 Abs. 1 Satz 2, 214 Abs. 2 BGB bei **verjährtem** Anspruch vor. Hier kann eine Leistung trotz der peremptorischen Einrede der Verjährung **nicht zurückgefordert** werden. *Bedeutung:* Der verjährte Anspruch kann zwar nicht durchgesetzt werden, wenn die Einrede erhoben wird (§ 214 Abs. 1 BGB); er dient aber bereicherungsrechtlich als „Behaltensgrund", wenn trotz der Verjährung geleistet worden war.

Der Ausschluss der Rückforderung bei verjährter Forderung nach §§ 813 Abs. 1 Satz 2, 214 Abs. 2 BGB gilt aber nur, wenn der Schuldner **freiwillig** geleistet hat. Ist wegen der verjährten Forderung **vollstreckt** worden, steht dem Schuldner ein Rückforderungsanspruch zu (BGH NJW 1993, 3318, 3320).

Querverbindung zu **Naturalobligation**: §§ 656 Abs. 1 Satz 2, 762 Abs. 1 Satz 2 BGB (Spiel/Wette); nach diesen Vorschriften besteht kein Recht, die Leistung zu erzwingen (also keine Anspruchsgrundlagen), aber bereicherungsrechtlich stellen diese Bestimmungen einen „Behaltensgrund" dar.

32 Nach **§ 813 Abs. 2 BGB** kann eine Leistung auf eine noch *nicht fällige* Forderung (verfrühte Erfüllung) nicht kondiziert werden (Klarstellung, keine dauernde Einrede). Die Leistung soll nicht mehrfach hin und her geschoben werden. Wichtig bei Zahlung trotz Stundung der Forderung. Der verfrüht Leistende kann auch keine entsprechenden Zinsen verlangen, § 813 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB; dies ergänzt § 272 BGB.

c) § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB

33 Eine weitere Fallgruppe der Leistungskondiktion ist die in § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB geregelte „*Condictio ob causam finitam*". Ihr Merkmal ist, dass der – zunächst bestehende – rechtliche Grund *später* wegfällt.

Beispiele:

(1) Der schuldbegründende Vertrag war mit einer **auflösenden Bedingung** versehen (§ 158 Abs. 2 BGB), die nach Leistung eintritt. – *Beachte*: Ist auch die erfüllende dingliche Verfügung auflösend bedingt, fällt das Recht „automatisch" zurück.

(2) **Anfechtung** nach § 142 Abs. 1 BGB (viele wenden wegen der Rückwirkung der Anfechtung allerdings § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB an). – *Beachte*: Ist auch das dingliche Geschäft wirksam angefochten, so Rückabwicklung nach Vindikationsrecht/EBV.

(3) Nach der Zahlung von Schadensersatz in Geld **entfällt der Schaden**; z.B. erlangt der Geschädigte die entwendete Sache von einem Dritten wieder.

d) § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB

34 Eine Leistungskondiktion ist schließlich die in § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB geregelte „*Condictio ob rem*", auch „*condictio causa data, causa non secuta*" genannt.

35 Die Bedeutung ist in den Einzelheiten zweifelhaft.

Es geht um Fälle, in denen der Leistende **mit der Leistung** die **Erwartung verfolgt**, der Empfänger werde sich in gewisser Weise verhalten. Wenn sich diese Erwartung zerschlägt, soll die Leistung zurückgefordert werden können. Man kann diese Kondiktionsform als ausnahmsweise relevanten *Motiv*irrtum deuten.

Beispiel: Anzahlung, um den Empfänger zum Vertragsschluss anzuhalten (Leistungskondiktion scheitert an § 814 BGB!).

Beispiel: Zahlung, um Empfänger von Strafanzeige abzuhalten.

Die *einseitige*, für den anderen nicht erkennbare Zwecksetzungen genügen *nicht*. Man verlangt eine ausdrückliche oder konkludente *Zweckvereinbarung*.

Beispiel BGH NJW 2004, 512: Finanziert ein Steuerberater einen bei ihm beschäftigten Mitarbeiter eine Ausbildung zum Steuerberater ausschließlich im Hinblick darauf, dass dieser sich nach Erlangen der nötigen Qualifikation mit ihm in Sozietät verbindet, so kann der Steuerberater gegen den Mitarbeiter einen Anspruch auf Erstattung der Ausbildungskosten nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB haben, wenn der Mitarbeiter nach Abschluss der Ausbildung eine eigene Steuerberaterpraxis eröffnet.

BGH NJW 2004, 512 führt aus: Der „Zweck" darf einerseits nicht Gegenstand der vertraglichen Bindung oder Bedingung eines Rechtsgeschäfts sein, andererseits darf er auch nicht ein bloßer, wenn auch vom Empfänger erkannter, Beweggrund oder eine einseitige Erwartung des Leistenden geblieben sein. Notwendig und genügend ist vielmehr eine - auch stillschweigend mögliche - Einigung im Sinne der *tatsächlichen* Willensübereinstimmung zwischen beiden Partnern über den verfolgten Zweck.

Der BGH bejaht dies im entschiedenen Fall aus folgenden Gründen: Der Kl. habe sämtliche Kosten der Lehrgänge getragen. Dazu war er weder auf Grund des Arbeitsvertrags der Parteien noch auf Grund des Gesellschaftsvertrags verpflichtet. Andererseits war für die Bekl. offenkundig, dass der Kl. mit der Finanzierung ihrer Ausbildung den Zweck verfolgte, den Gesellschaftsvertrag wirksam werden zu lassen und damit eine Steuerberatersozietät mit ihr zu begründen.

Zweifelsfälle bilden Zuwendungen an/unter Ehegatten und bei nichtehelichen Lebensbeziehungen **36**

- Zuwendungen *unter* **Ehegatten**. Diese erfolgen im Hinblick auf den Bestand der Ehe. *Beispiel*: Erhebliche Arbeitsleistungen beim Bau eines Familienheimes. Nach BGHZ 84, 361 ist allerdings nicht die condictio ob rem oder condictio ob causam finitam gegeben, sondern ein Ausgleichsanspruch/Rücktritt nach den Grundsätzen des *Wegfalls der Geschäftsgrundlage* (§ 313 BGB), wenn die Ehe geschieden wird. Man spricht von **ehebezogener oder unbenannter Zuwendung**. Beachte: Der BGH hatte einen Fall der Gütertrennung zu entscheiden; bei gesetzlichem Güterstand ist der Zugewinnausgleich vorrangig.

- Sehr str. sind Ausgleichansprüche bei Schenkungen nach Scheitern einer **nichtehelichen Lebensgemeinschaft**. BGH NJW 2011, Rn. 30 ff.

> **30** a) Nach der Rechtsprechung des *Senats* kommt zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auch ein Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung in Betracht, soweit Leistungen in Rede stehen, die über das hinausgehen, was das tägliche Zusammenleben erst ermöglicht und die bei einem oder beiden Partnern zur Bildung von die Beendigung der Lebensgemeinschaft überdauernden Vermögenswerten geführt haben (*Senat*, BGHZ 177, 133 = NJW 2008, 3277 = NZM 2008, 694 = FamRZ 2008, 1822 Rdnr. 33; BGHZ 183, 242 = NJW 2010, 998 = FamRZ 2010, 277 Rdnr. 32).

> **32** Die danach erforderliche finale Ausrichtung der Leistung auf einen nicht erzwingbaren Erfolg wird sich innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft allerdings nur bezüglich solcher Zuwendungen oder Arbeitsleistungen feststellen lassen, die deutlich über das hinausgehen, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt. Sie kann auch nicht allgemein in dem gegenwärtigen Zusammenleben mit dem Partner erblickt werden. Zu fordern ist vielmehr eine konkrete Zweckabrede, wie sie etwa dann vorliegen kann, wenn die Partner zwar keine gemeinsamen Vermögenswerte schaffen wollten, der eine aber das Vermögen des anderen in der Erwartung vermehrt hat, an dem erworbenen Gegenstand
>
> langfristig partizipieren zu können (*Senat*, BGHZ 177, 193 = NJW 2008, 3277 = NZM 2008, 694 = FamRZ 2008, 1822 Rdnr. 35).

- BGH, Urt. v. 18.6.2019 – X ZR 107/16: **Eltern „schenken“** an Tochter und deren Freund Geld für ein Wohnhaus in der Erwartung, „dass die Beziehung halten und nicht nur kurzfrisitig die räumliche Grundlage des Zusammenlebens sei. Nach zwei Jahren endete die Beziehung. Der BGH nahm wegen der kurzen Zeit einen Wegfall der Geschäftsgrundlage an. Gleiches gilt bei Zuwendungen an Ehegatten.

- Bei Schenkungen im Hinblick auf eine **zukünftige Ehe** kommt eine Rückforderung der Geschenke nach § 1301 BGB in Betracht; bei Zuwendungen Dritter ist die *condictio ob rem* möglich, wenn die Ehe nicht zustande kommt.

Die *Condictio ob rem* ist **nicht einschlägig**, wenn der Leistende einen *Anspruch* auf das Verhalten oder auf eine Gegenleistung hat oder seinerseits zur Leistung verpflichtet ist. **37**

Beispiel: V verkauft der Gemeinde G ein Grundstück in der Erwartung, es werde darauf ein Seniorenheim errichtet. Die Gemeinde verkauft das Grundstück aber mit Gewinn weiter. Hier ist kein Zweckfortfall eingetreten, da eine Gegenleistung (Kaufpreis) vereinbart war. Zu mehr wollte sich die Gemeinde G nicht verpflichten und hinsichtlich der gegenseitigen Verpflichtungen gelten die allgemeinen Regeln über die Leistungsstörung; vgl. BGH NJW 1992, 2690. Außerdem war V zur Übereignung verpflichtet (s. o. BGH NJW 2004, 512).

Vgl. aber *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht, Rn. 691 ff. mwN zur weitergehenden Auffassung, dass es auch um Erwartungen gehen kann, die durchaus mit einer Erfüllung eigener Verbindlichkeiten gegen Gegenleistung verbunden sind, aber über sie hinausgehen. Danach würde die Kondiktion nicht schon daran scheitern, dass V gegen Kaufpreiszahlung seine Verpflichtung erfüllt.

4. Ausschluss der Leistungskondiktion

a) § 814 Fall 1 BGB

In § 814 Fall 1 BGB kommt zum Ausdruck, dass die Leistungskondiktion eine Ausprägung der Irrtumslehre bildet. Nur wer sich irrtümlich für verpflichtet hielt, kann zurückfordern. Wer wusste, dass er nicht zur Leistung verpflichtet ist, dem steht auch kein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zu. **38**

Andere rücken § 814 BGB in einen Zusammenhang mit dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens; dazu BGHZ 73, 202, 205 (im Fall ging es um die weitere Zahlung von Witwenrente nach dem Tod der Witwe an den Sohn durch den Sozialversicherungsträger und deren Rückforderung. Der BGH zog eine Parallele zu den Fällen, in denen sich eine Partei in Kenntnis der Formnichtigkeit eines Vertrages Leistungen erbringen ließ und diese nun zurückgefordert werden): **39**

„... Die Vorschrift beruht darauf, dass es dem Leistenden grundsätzlich freisteht, auch eine nur vermeintlich bestehende Verbindlichkeit zu erfüllen. *Weiss er, dass er zur Leistung nicht verpflichtet ist, und leistet er trotzdem, dann würde er sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wenn er später das Geleistete wieder zurückverlangen könnte (venire contra factum proprium).* Die Vorschrift ist also eine besondere Ausprägung des Grundsatzes von *Treu und Glauben*, von dem ohnehin das gesamte Bereicherungsrecht beherrscht wird ... . Der Empfänger einer Leistung, die bewusst zur Erfüllung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit erbracht worden ist, kann darauf vertrauen, dass er die Leistung behalten darf. …“

„§ 814 BGB ist daher dann nicht anwendbar, wenn bei einem auf den Austausch von Leistungen gerichteten, als formnichtig erkannten Vertrag also in Kenntnis dessen geleistet wird, dass eine wirksame Verbindlichkeit nicht besteht,

jedoch in der *erkennbaren Erwartung*, auch der andere Teil werde die Gegenleistung bewirken und damit den vereinbarten Austausch zustande bringen ... Dann darf der jeweilige Empfänger nicht darauf vertrauen, dass er die Leistung behalten darf, nur weil der Leistende wusste, dass er zur Leistung gar nicht verpflichtet war."

40 Daher ist § 814 BGB nicht anwendbar, wenn sich der Leistende die Rückforderung ausdrücklich oder auch konkludent **vorbehalten** hat.

Beispiel: Der Leistende hat Zweifel an seiner Verpflichtung oder kann die bereits erfolgte Erfüllung derzeit nicht beweisen. Er zahlt zum Zwecke der Abwendung der Zwangsvollstreckung; § 814 BGB steht der Rückforderung nicht entgegen. – Anders jedoch bei Leistung „um des lieben Friedens willen", wenn der Empfänger den Charakter der Zahlung erkennt..

b) § 814 Fall 2 BGB

41 *Beispiel:* Bruder B leistet seiner Schwester S Unterhalt. Ein Unterhaltsanspruch besteht nicht (§§ 1601, 1589 BGB). Gleichwohl scheidet eine Rückforderung aus. – Ähnlich bei § 1360b BGB.

c) § 815 BGB

42 § 815 BGB bezieht sich auf § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB: § 815 Fall 1 BGB entspricht dem Grundgedanken nach § 814 BGB; § 815 Fall 2 BGB entspricht dem Rechtsgedanken des § 162 BGB.

Beispiel: BGHZ 45, 258, 262: Auf den Anspruch aus § 1301 BGB ist § 815 BGB entsprechend anwendbar; die Rückforderung der Geschenke ist ausgeschlossen, wenn der schenkende Teil die Eheschließung wider Treu und Glauben verhindert hat.

5. „Dreiecksfälle"

Literatur zur Examensvorbereitung: *Lorenz*, JuS 2003, 729, 839.

Fallbearbeitung: Teil II: Fall 1, S. 68 und Fall 2, S. 69; Teil III: S. 100 ff.

43 Dreiecksfälle liegen vor, wenn an der Leistungsbeziehung mehr als zwei Personen beteiligt sind. Sie werfen bereicherungsrechtlich erhebliche Probleme auf. Es geht um die Bestimmung von Gläubiger und Schuldner des Bereicherungsanspruchs, also um die Frage, **wer bei wem kondizieren** darf.

Wichtig ist dabei, nicht Einzelfälle zu kennen, sondern Argumente zur Hand zu haben, um eine vertretbare Lösung zu gewinnen. Ebenso verfährt der BGH in ständiger Rechtsprechung, vgl. BGHZ 105, 365 ff:

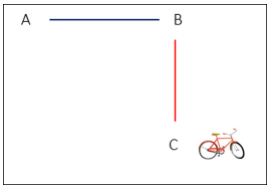
„Der Bundesgerichtshof ... hat ... immer wieder hervorgehoben, es sei grundsätzlich zu berücksichtigen, dass das Bereicherungsrecht in besonderem Maße eine wirtschaftliche und nicht rechtsformale Betrachtungsweise gebiete (vgl. z.B. BGHZ 36, 232, 234; BGH WM 1983, 792, 793). Der Senat nimmt den ... Standpunkt ... ein, dass sich bei der bereicherungsrechtlichen Behandlung von Vorgängen, an denen mehr als zwei Personen beteiligt sind, jede schematische Lösung verbietet. Vielmehr sind in erster Linie die Besonderheiten des einzelnen Falles für die sachgerechte bereicherungsrechtliche Abwicklung zu beachten ... ." – (→ zuletzt BGH NJW 2018, 1079, Rn. 18).

Zugleich wird deutlich, dass der BGH wesentlich auf den **Zweck der Leistung** abstellt, den der Leistende erkennbar bestimmt hat:

„Entscheidend ist, welchen Zweck die Beteiligten nach ihrem zum Ausdruck gekommenen Willen verfolgt haben. Danach richtet sich auch die einer Zuwendung gegebene Zweckbestimmung, die wiederum für das Leistungsverhältnis maßgebend ist, innerhalb dessen der bereicherungsrechtliche Ausgleich zu suchen ist."

a) Nichtigkeit nur eines Kausalverhältnisses

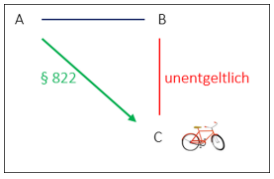
44 Im **Grundsatz** gilt für Dreiecksbeziehungen: Die Kondiktion erfolgt im Leistungsverhältnis. *Ausgangsbeispiel:* A veräußert an B ein Fahrrad. B veräußert es an C. Ist der Kaufvertrag A-B nichtig, kann A bei B nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB kondizieren; ist der Kaufvertrag B-C nichtig, kann B bei C nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB kondizieren.



Die Kondiktion erfolgt bei den Partnern des Leistungsverhältnisses. Hier zeigt sich die **Funktion der Leistungsbestimmung:** A hat nach der von ihm gesetzten Leistungszweckbestimmung nur an B geleistet (mit dem er einen Vertrag geschlossen hat, den er erfüllen wollte), nicht an C, mit dem er vertraglich nicht verbunden ist.

B muss an A nach § 818 Abs. 2 Fall 2 BGB Wertersatz leisten, weil er das Fahrrad nicht zurückübereignen kann. Nach BGHZ 24, 106, 110 f. fällt der aufgrund der Veräußerung erlangte Gegenwert (der von C an B geleistete Kaufpreis) nicht unter das Surrogat nach § 818 Abs. 1 BGB (str., a. A. MünchKommBGB/*Schwab*, § 818, Rn. 26). B muss also an C nur den objektiven Wert leisten und kann einen eventuellen Übererlös behalten.

45 **Ausnahme: unentgeltliche Leistung.** *Beispiel*: Der Vertrag A-B ist nichtig und B *schenkt* an C. Hier ist B nach § 818 Abs. 3 BGB infolge der Schenkung entreichert, und der Bereicherte C als Beschenkter weniger schutzwürdig. Daher besteht die Möglichkeit der „Direkt"-Kondiktion nach **§ 822 BGB**.



Klausurhinweis: Steht § 822 BGB im Raum, empfiehlt es sich, zunächst den Anspruch im Leistungsverhältnis prüfen (hier A gegen B), ihn nach § 818 Abs. 3 BGB zu verneinen und dann erst die Direktkondiktion gegen den Beschenkten anzusprechen (hier A gegen C). Eine „Inzidentprüfung" des Wegfalls der Bereicherung im Verhältnis A/C ist zwar nicht falsch, aber unübersichtlich.

Literatur zu § 822 BGB: *Lorenz*, Grundwissen – Die Durchgriffskondiktion nach § 822 BGB, JuS 2019, 6.

§ 822 BGB (arg.: „infolgedessen") steht in unlösbarem Zusammenhang mit § 818 Abs. 3 BGB: Ein Herausgabeanspruch nach § 822 BGB entfällt, wenn § 818 Abs. 3 BGB wegen *verschärfter* Haftung (etwa §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB) des B nicht anwendbar ist.

b) Doppelnichtigkeit

Sind **beide Verträge nichtig** (sowohl Kaufvertrag A-B als auch Kaufvertrag B-C) – „Doppelnichtigkeit" – bleibt es bei der Kondiktion im Leistungsverhältnis. Keine Direktkondiktion A auf C! – Anders wiederum nach § 822 BGB – und wenn auch beide Verfügungen nichtig sind (Anspruchsgrundlage A gegen C dann aber: § 985 BGB!). **46**

Folgefrage: Was muss B dem A bei Doppelnichtigkeit bereicherungsrechtlich herausgeben? Man könnte erwägen, dass er nur die Forderung aus Leistungskondiktion, die B gegen C hat, an A abtreten muss **(„Kondiktion der Kondiktion")**. Das ließe sich mit § 818 Abs. 3 BGB begründen: B ist nicht mehr bereichert, soweit er seinerseits den Gegenstand weiter gegeben hat; die einzig noch bei B verbliebene Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB: „soweit") ist der Kondiktionsanspruch gegen C. **47**

Das würde allerdings bedeuten, dass nach der Abtretung C dem A gegenüber gemäß § 404 BGB auch die Einwendungen und Einreden gegen B (etwa Rückzahlung eines Kaufpreises!) erheben könnte. Ferner trägt der A neben dem Insolvenzrisiko des B zusätzlich das Risiko, dass C insolvent wird.

Canaris (*Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 246 ff.) will diese Kumulation von Risiken vermeiden. Jeder der Beteiligten solle nur Einwendungen aus dem Verhältnis zu seinem Vertragspartner gewärtigen müssen und nur das Insolvenzrisiko desjenigen tragen, den er sich als Vertragspartei ausgesucht habe. B hafte dem A nach § 818 Abs. 2 BGB auf Wertersatz; ebenso C dem B. B trägt damit das Risiko des Insolvenz des C und nicht A! **48**

BGHZ 176, 234 = ZIP 2008, 1161, Rn. 9 hat sich unterdessen diesem von *Canaris* entwickelten Gesichtspunkt angeschlossen;

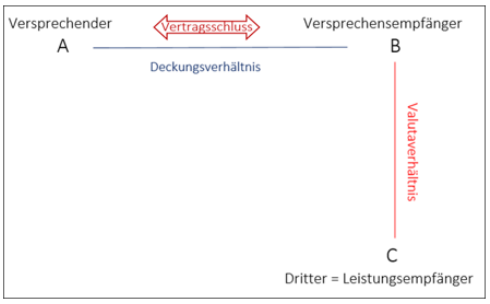
> „Der tiefere Grund für die bereicherungsrechtliche Abwicklung im jeweiligen fehlerhaften Leistungsverhältnis liegt in der von den Beteiligten im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Auswahl ihres Geschäftspartners, an den sie sich auch bei fehlerhaften Beziehungen halten müssen."
>
> *Zur Vertiefung → Fall 1*, S. 68 (Rückabwicklung bei Streckengeschäft, Geheisserwerb, Verhältnis Leistungs- zu Nichtleistungskondiktion).

c) Vertrag zugunsten Dritter

Der Vertrag zugunsten Dritter ist ebenfalls eine Dreieckskonstellation und wirft daher bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsfragen auf. Geregelt ist der Vertrag zugunsten Dritter in §§ 328 ff. BGB. **49**

Beteiligte:

- (1) Versprechender = derjenige, der die Leistung verspricht und erbringt, Schuldner des Vertrags zugunsten Dritter (im folgenden: A);
- (2) Versprechensempfänger = derjenige, demgegenüber der Versprechende sich zur Leistung verpflichtet hat, Gläubiger aus dem Vertrag zugunsten Dritter (im folgenden: B)
- (3) Dritter = Empfänger der Leistung (im folgenden: C)



Rechtsbeziehungen: **50**

- Verhältnis Versprechensempfänger – Versprechender: Deckungsverhältnis [hier wird der Vertrag zugunsten Dritter geschlossen];
- Verhältnis Versprechensempfänger – Dritter: Valutaverhältnis.

Man unterscheidet echte und unechte Verträge zugunsten Dritter. Beim echten Vertrag zugunsten Dritter hat der Dritte einen eigenen Leistungsanspruch gegen den Versprechenden. Die Abgrenzung richtet sich nach § 328 Abs. 2 BGB, insbesondere dem Vertragszweck.

(1) Unechter Vertrag zugunsten Dritter

Beim unechten Vertrag zugunsten Dritter hat nur der Versprechensempfänger B einen Anspruch, nicht der Dritte C. Der Versprechende A zahlt aber direkt an den Dritten. Darin liegt indes eine Leistung an den Versprechungsempfänger, denn durch die Zahlung an den Dritten will der Versprechende dem Versprechensempfänger gegenüber eine Verbindlichkeit erfüllen. **51**

Unterscheide also: **52**

- Zahlungsempfänger (= wer „Geld" bekommt; tatsächliche Frage);
- Leistungsempfänger (= an wen geleistet wurde; Frage der juristischen Wertung).

Ist der Vertrag zugunsten Dritter nichtig (**Mangel im Deckungsverhältnis**), erfolgt die Rückabwicklung zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger. Der Dritte kann hier die Zahlung behalten. Er ist keiner Kondiktion des Versprechenden ausgesetzt. **53**

Ist das **Valutaverhältnis mangelhaft**, kann (nur) der Versprechensempfänger beim Dritten kondizieren. **54**

> *Beispiel*: C „verkauft" an B sein Haus. Als Gegenleistung wird vereinbart, dass B bei A einen Sparvertrag abschließt und regelmäßig darauf einen bestimmten Betrag einbezahlt. Wenn C 60 Jahre alt geworden ist, soll die Summe an C ausbezahlt werden.
>
> Hat A an C ausbezahlt, kann A den Betrag nicht von C zurück verlangen, wenn der Sparvertrag (Deckungsverhältnis) nichtig ist oder in diesem Verhältnis ein anderer Mangel vorliegt; vielmehr hat A einen Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB nur gegen B. – Ist der Kaufvertrag B-C (Valutaverhältnis) nichtig, kann B von C den Geldbetrag heraus verlangen.

(2) Echter Vertrag zugunsten Dritter

55 Wie aber ist die Rückabwicklung beim *echten* Vertrag zugunsten Dritter? Hier hat der Dritte C einen **eigenen Anspruch** gegen den Versprechenden A, **§ 328 BGB**. Dieser sieht sich zwei Ansprüchen ausgesetzt, vgl. § 335 BGB. Daher könnte man annehmen, der Versprechende leiste an den Dritten auf dessen Anspruch. Gleichwohl verbleibt es nach hM bei der Rückabwicklung „über Eck“: A kann nur bei B und B nur bei C kondizieren.

Begründung: Der eigene Anspruch soll den Dritten besser stellen, ihn aber nicht einer Kondiktion des Versprechenden aussetzen, was ihn schlechter stellen würde, weil er Risiken auch aus dem Deckungsverhältnis (und nicht nur aus dem Valutaverhältnis) zu tragen hätte.

(3) Sonderfälle

56 (1) **Ausnahme**: Eine Direktkondiktion ist möglich, wenn der Dritte die Leistung vom Versprechensempfänger **unentgeltlich erhält** (arg. § 822 BGB).

Beispiel: Im Valutaverhältnis liegt eine Schenkung vor.

57 (2) Eine Direktkondiktion beim Dritten lässt man ferner zu, wenn der Vertrag zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden (Deckungsverhältnis) einen **besonderen Charakter** aufweist.

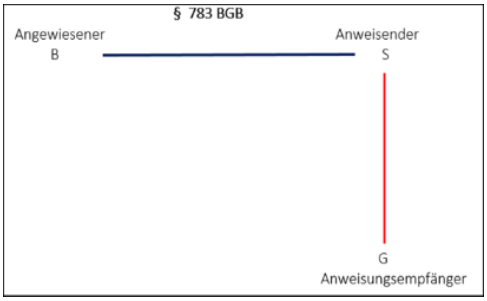
Beispiel: Die Ausrichtung der Leistungspflicht des Versprechenden an den Dritten bildet „den wesentlichen Inhalt des Vertrags“. Hierzu zählen etwa Lebensversicherungs- und Leibrentenverträge zugunsten Dritter.

58 (3) Schließlich ist eine Direktkondiktion möglich, wenn (entgegen § 335 BGB) der eigene Anspruch des Versprechens*empfängers* gegen den Versprechenden vertraglich abbedungen wird. Dann erfolgt die Rückabwicklung nur zwischen Drittem und Versprechendem (BGH NJW 1972, 864, str.). – Dies entspricht der Rechtslage nach Abtretung!

d) Anweisungsfälle / Kondiktion bei Scheckzahlung

Literatur: *Neef,* Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei fehlerhafter Anweisung, JA 2006, 458.

59 Die Anweisung ist geregelt in § 783 BGB. Man unterscheidet drei Personen: Den Anweisenden (S), den Anweisungsempfänger (G) und den Angewiesenen (B). Häufig erfolgt die Anweisung auf eine Forderung G/S.



→ dazu unten im Teil III: Skizze S. 100 und Fall „Schwierige Rückforderung“ sowie „Pechvogel“ S. 103.

60 Es liegt eine **Doppelermächtigung** vor:

- § 783 Halbsatz 1 BGB: Der Anweisungsempfänger wird ermächtigt, die Leistung beim Angewiesenen zu erheben. Das Verhältnis zwischen Anweisungsempfänger und Anweisendem nennt man „Valutaverhältnis“.
- § 783 Halbsatz 2 BGB: Der Angewiesene wird ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden zu leisten; er kann also aus dem „Deckungsverhältnis“ Aufwendungsersatz usw. verlangen; regelmäßig nach §§ 675, 670 BGB.

Hauptfall einer Anweisung ist der Scheck (vgl. Art. 1 Nr. 2 ScheckG: „Anweisung“). Zu bachten ist aber, dass man von „Anweisung“ (untechnisch) auch dann spricht, wenn der Anweisende unmittelbar (also ohne eine dem Dritten ausgereichte Urkunde) den Angewiesenen anweist, die Leistung dem Dritten zu erbringen. Allgemein gilt: Wenn auf Initiative eines Schuldners ein Dritter den Gläubiger befriedigt, liegt ein Anweisungsfall vor.

Beispiel: In BGH NJW 2018, 1079 hatte das Jobcenter auf Antrag des ALG II beziehenden Mieters einer Wohnung den Mietzins direkt an den Vermieter geleistet. – Auch den Geheißerwerb (→ Fall 1) kann man auf eine Anweisung zurück führen.

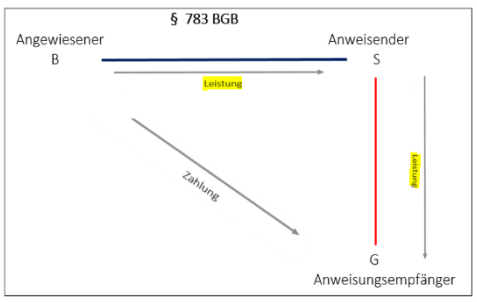
61 **Wer kann bei wem kondizieren?** Die **Zahlung** erfolgt direkt vom Angewiesenen an den Anweisungsempfänger; es kann auch eine Gutschrift sein.

Aber: In der Zahlung liegt eine **Leistung** des **Angewiesenen** an den Anweisenden *und* eine **Leistung** des **Anweisenden** an den Anweisungsempfänger vor. Die Kondiktion erfolgt daher nicht direkt durch den Angewiesenen beim Anweisungsempfänger, sondern in den jeweiligen Leistungsverhältnissen.

Eine Zahlung, zwei Leistungen!

62 Dazu BGHZ 61, 289, 291:

„Nach allgemeiner Meinung ... vollzieht sich der Bereicherungsausgleich in Fällen der Leistung kraft Anweisung grundsätzlich innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses, also einmal zwischen dem Anweisenden (hier die Firma K.) und dem Angewiesenen (hier die Klägerin) im sog. Deckungsverhältnis, zum anderen zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger (hier die Beklagte) im sog. Valutaverhältnis . ... Das folgt aus dem bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff ... . Danach bewirkt der Angewiesene, der von ihm getroffenen, allseits richtig verstandenen Zweckbestimmung entsprechend, mit seiner Zuwendung an den Anweisungsempfänger zunächst eine eigene Leistung an den Anweisenden und zugleich eine Leistung *des Anweisenden* (!) an den Anweisungsempfänger.“ (Hervorhebung nicht im Original). [st. Rspr., zuletzt BGH NJW 2018, 1079, Rn. 31.]



63

BGHZ 61, 289 (dazu *Medicus/Petersen* Rn. 676) hatte sich mit dem **Widerruf der Anweisung** auseinander zu setzen. Der Scheck war an den Anweisungsempfänger gegeben worden, dann aber vom Aussteller der Bank gegenüber „gesperrt" worden. Trotz des Widerrufs der Anweisung hatte die Bank (versehentlich) an den Schecknehmer bezahlt.

Nach hM findet auch in diesem Fall **keine Direktkondiktion** der Bank beim Zahlungsempfänger statt. Die Bank kann sich nur an den Aussteller/Anweisenden halten; freilich besteht ein vertraglicher Aufwendungsersatzanspruch mangels wirksamer Ermächtigung nicht, da der Scheck „gesperrt", d. h. die Anweisung widerrufen war. In Betracht kommt aber eine Leistungskondiktion der Bank beim Scheckaussteller.

Erlangt hat der Scheckaussteller/Anweisende die Befreiung von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Schecknehmer/Anweisungsempfänger.

→ dazu unten Fälle ab S. 100, insbesondere auch „Pechvogel" S. 103.

Ausnahmen, d. h. Kondiktion der Bank direkt beim Anweisungsempfänger (als Nichtleistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 [so BGH NJW 2018, 1079, Rn. 29]): **64**

- Eine Direktkondiktion ist ausnahmsweise gegeben, wenn es an einer **Anweisung von vornherein fehlte**, etwa wenn sie gefälscht war oder ein Geschäftsunfähiger sie ausstellte. Dann ist dies dem als Anweisendem in Erscheinung Tretenden nicht zurechenbar. Er soll daher nicht als Bereicherungsschuldner in Anspruch genommen werden können. In diesem Fall bleibt nur die Direktkondiktion der Bank beim Empfänger (BGH NJW 2018, 1079, Rn. 32).

- Eine Direktkondiktion ist auch anzunehmen, wenn der Scheck von einem **Vertreter ohne Vertretungsmacht** des „Ausstellers" unterschrieben worden war. Auch dann fehlt es an einer Anweisung. Zu wegen Geschäftsunfähigkeit nichtiger Anweisung → BGHZ 111, 382.

- Ferner findet eine Direktkondiktion der Bank beim Zahlungsempfänger statt, wenn eine Anweisung zunächst erteilt, später aber widerufen worden war und der Zahlungsempfänger den **Widerruf kannte**. In diesem Fall ist er nicht schutzwürdig. Bei einem unredlichen Empfänger kann also der Leistende direkt kondizieren (so auch BGH NJW 2018, 1079, Rn. 34 ff.). Es soll daher maßgeblich auf die redliche Erwartung des Empfängers der Zuwendung ankommen. Dies ist der zentrale Gedanke der sog. „Lehre vom objektiven Empfängerhorizont".

  → dazu Fall „Vetternwirtschaft" S. 111.

- Offen ist, wie zu entscheiden ist, wenn der Zahlungsempfänger den Widerruf einer Anweisung nicht kennt.

Dazu BGH NJW 2001, 1855 (unbedingt nacharbeiten, insbesondere Seite 1856 unter a-c!): **65**

> *Leitsatz:* „Wurde von der Bank ein nur vom gesamtvertretungsberechtigten Vertreter des Kontoinhabers unterzeichneter Scheck eingelöst, so steht ihr mangels Zurechenbarkeit der unwirksamen Anweisung kein Bereicherungsanspruch gegen den Kontoinhaber zu. Ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich ist unter diesen Umständen zwischen der Bank und dem Zuwendungsempfänger vorzunehmen, und zwar auch dann, wenn dieser den Gültigkeitsmangel nicht kannte und eine der Schecksumme entsprechende Schuld im Valutaverhältnis besteht."

Der BGH führt aus: **66**

> „Unter bereicherungsrechtlichen Grundsätzen kann die Zahlung der Bank dem Kontoinhaber, für dessen Rechnung sie erfolgen soll, nur dann zugerechnet werden, wenn eine wirksame Anweisungserklärung vorliegt. Fehlt eine solche oder ist sie aus bestimmten Gründen nichtig, so hat der betroffene Kontoinhaber keine Ursache für den Anschein gesetzt, die Zahlung sei seine Leistung. Infolgedessen ... hat der bereicherungsrechtliche Ausgleich im Wege einer Nichtleistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) zwischen der Bank und dem Zahlungsempfänger zu erfolgen."

Kritisch ist anzumerken, dass der Rückgriff des BGH auf Kriterien wie „Zurechenbarkeit" der Anweisung aus dem dogmatischen Ausgangspunkt des BGH, wonach der Wille des Leistenden die Zweckbestimmung und damit die Leistungsbeziehung bestimmt, *nicht mehr abgeleitet* werden kann. **67**

Wie wird der Zahlungsempfänger geschützt, der immerhin einen Anspruch gegen den Aussteller hat? BGH: Nur über § 818 Abs. 3 BGB: **68**

> „Allerdings ist der Bundesgerichtshof in obiter dicta wiederholt davon ausgegangen, dass der Bereicherungsausgleich auch bei einer von Anfang an fehlenden Anweisung ausnahmsweise im Deckungsverhältnis zwischen Kontoinhaber und Bank zu erfolgen hat, wenn der Zuwendungsempfänger das Fehlen einer Anweisung nicht kannte und sich die Zahlung aus seiner Sicht gemäß §§ 133, 157 BGB (analog) als eine Leistung des Überweisenden im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellte ... . Indessen entspricht es einer allgemeinen Erkenntnis der Rechtsscheinslehre, dass der gutgläubige Vertragsgegner bei fehlender Zurechenbarkeit des Rechtsscheins nicht geschützt werden kann. Der sogenannte Empfängerhorizont des Zahlungsempfängers vermag deshalb die fehlende Tilgungs- und Zweckbestimmung des Kontoinhabers nicht zu ersetzen. ... Außerdem wird der auf eine wirksame Anweisung und Tilgungsbestimmung des Schuldners vertrauende Zuwendungsempfänger durch die Regeln des § 818 Abs. 3 BGB vor den rechtlichen Folgen einer Direktkondiktion der Bank im allgemeinen hinreichend geschützt."

Kernpunkt ist die Frage, ob *ausnahmsweise* der Zahlungsempfänger eine Rückforderung durch die Bank (ausserhalb der Leistungsbeziehung) hinnehmen muss. Das ist nur zu bejahen, wenn es an einer wirksamen Anweisung (infolge Geschäftsunfähigkeit, Fälschung, Täuschung, fehlender Vertretungsmacht usw.) fehlt. Dann kann die Bank nicht beim Anweisenden, sondern eben nur beim Zahlungsempfänger im Wege der **Nichtleistungskondiktion** (BGH NJW 2018, 1079, Rn. 29) kondizieren. – Dessen Schutz richtet sich nicht nach der „Lehre vom Empfängerhorizont", sondern allein nach § 818 Abs. 3 BGB. Der Anweisungsempfänger trägt das Risiko einer unwirksamen Anweisung. **69**

§ 814 BGB findet auf die Nichtleistungskondiktion keine Anwendung (BGH NJW 2018, 1079, Rn. 40).

Beachte: Weil die Bank auf eine (wenn auch unwirksame) Anweisung gezahlt hatte und daher *nicht* mit *Fremd*tilgungswillen nach § 267 BGB geleistet hatte, konnte sie auch nicht im Wege der Rückgriffskondiktion gegen den Aussteller vorgehen.

70 Bekräftigt wird die in BGH NJW 2001, 1855 eingeschlagene Linie durch BGH NJW 2003, 582 (dazu die Besprechung *K. Schmidt* JuS 2003, 499). Es wird klargestellt, dass bei fehlender Anweisung der Schutz des Zahlungsempfängers nur nach § 818 Abs. 3 BGB sich vollzieht; dass er (vom „Empfängerhorizont" von einem bestehenden Anspruch ausging) ist unerheblich. Damit ist die Rechtsstellung des zahlenden fehlerhaft Angewiesenen gestärkt worden.

71 Nochmals bestätigt hat der BGH seine Rechtsprechung in BGH NJW 2004, 1315 (dazu die Anm. von *K. Schmidt*, JuS 2004, 543; *Staake*, JA 2004, 591):

> Ein unerkannt geisteskranker Geschäftsführer einer Gesellschaft hatte einem Mitarbeiter Vollmacht erteilt, der mit einem Scheck Grunderwerbssteuer bezahlte. Die bezogene Bank schrieb den Betrag gut, forderte das Geld vom Finanzamt zurück.

Die Vollmacht war wegen der Geschäftsunfähigkeit des Geschäftsführers unwirksam (den unerkannt Geisteskranken gibt es nicht nur im Lehrbuch!). Auch Rechtsscheinsgesichtspunkte (Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht) waren nicht gegeben. Damit lag keine wirksame Anweisung vor. In Fortführung seiner Rechtsprechung betont der BGH, die Bank könne das Geld beim Finanzamt nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB (Nichtleistungskondiktion) zurückfordern. Dem steht nicht entgegen, dass der Anspruch des Finanzamts wirklich bestand.

72 **Spezialfall: Die angenommene Anweisung**. Der Angewiesene ist in diesem Falle aus der Anweisung zur Leistung verpflichtet, **§ 784 BGB.** Dies ändert aber nichts daran, dass eine Direktkondiktion grundsätzlich ausscheidet.

Begründung: Der Anweisungsempfänger soll durch § 784 BGB besser gestellt werden, nicht aber einem weiteren Kondiktionsgläubiger ausgesetzt sein. (vgl. das Argument beim echten Vertrag zugunsten Dritter!)

Zusammenfassung:

Grundsatz: Keine Direktkondiktion, sondern Kondiktion im Deckungs- und Valutaverhältnis.

Ausnahmen:

- Unentgeltliche Zuwendung im Valutaverhältnis (vgl. Wertung § 822 BGB);
- Keine (wirksame) Anweisung (Zuwendung ist dem „Anweisendem" nicht zurechenbar beispielsweise wegen Fälschung, mangelnde Vertretungsmacht oder Geschäftsunfähigkeit).

Unerheblich ist, ob der Zahlungsempfänger das Fehlen der Anweisung kannte und ob er einen Anspruch gegenüber dem vermeintlich Anweisenden hat; Schutz (nur) nach § 818 Abs. 3 BGB.

73 e) Banküberweisung

Literatur: *Wilhelm*, Zahlungsdiensterichtlinie und Leistungskondiktion in Mehrpersonenverhältnissen, BKR 2017, 8.

74 Ein Dreiecksverhältnis liegt ferner vor, wenn eine Bank in Ausführung eines Überweisungsvertrags (§ 676a BGB) eine Gutschrift veranlasst.

Exkurs: Gutschrift (Zahlungsvorgang): Der Zahler schliesst mit seiner Bank einen Zahlungsdienstevertrag, § 675f Abs. 1 BGB, in dessen Rahmen er Zahlungsvorgänge „autorisiert" (§ 675j Abs. 1 BGB). Daraus erwächst ein Anspruch des Zahlungsempfängers *auf* Gutschrift nach § 675t BGB; die Gutschrift selbst (vgl. § 675t Abs. 1 Satz 2 BGB) ist ein im Wege eines abstrakten Schuldanerkenntnisses (§ 780 BGB, §§ 350 f. HGB, → Fälle S. 106) begründeter Anspruch des Zahlungsempfängers gegen die gutschreibende Bank: sog. Anspruch *aus* Gutschrift; dieser Anspruch wird regelmäßig in das Kontokorrent des Zahlungsdiensteverhältnisses des Zahlungsempfängers eingestellt und verrechnet.

> *Beispiel*: G verkauft einen Computer an S zum Preis von 2.000 Euro. S erteilt seiner Bank einen Zahlungsauftrag mit dem Inhalt, dem Konto des G 2.000 Euro gutzuschreiben. Noch vor Ausführung der Überweisung widerruft S den Zahlungsvorgang nach §§ 675j Abs. 2 Satz 1, 675p BGB, weil der Computer nicht seinen Vorstellungen entspricht und er ihn an G zurückgeben möchte. Infolge eines Versehens wird die Überweisung gleichwohl ausgeführt und dem Konto des G werden 2.000 Euro gutgeschrieben.

Nach herkömmlichem Verständnis des Bereicherungsausgleichs im Dreiecksverhältnis würde man in der Gutschrift der Bank B eine Leistung an S (Zahler) sehen und keinen gegenüber dem Zahlungsempfänger (G) auf diesen bezogenen Leistungszweck. B müsste daher bei S kondizieren.

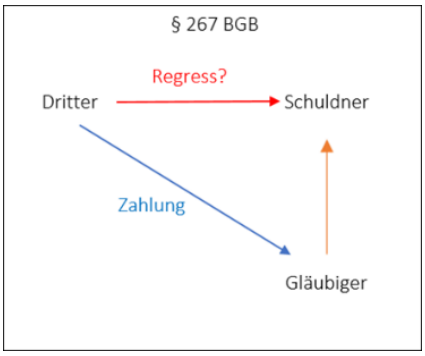
Diese traditionelle bereicherungsrechtliche Lösung ist von BGH NJW 2015, 3093 (dazu *Lorenz*, LMK 2015, 373997) aufgegeben worden. Nach Auffassung des *XI. Zivilsenats* entfaltet (jetzt) **§ 675u Satz 1 BGB** eine **Kondiktionssperre** gegenüber dem Zahler. Die Bank kann daher nur beim Zahlungsempfänger kondizieren (Nichtleistungskondiktion, § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB), und zwar auch wenn er einen Anspruch gegen den Zahler hat und den Widerruf des Zahlungsauftrags nicht kannte (kein Redlichkeitsschutz). Er behält aber seinen Zahlungsanspruch gegen den Zahler (= Schuldner); Erfüllungswirkung tritt aber nicht ein. BGH aaO., Rn. 23 f.:

[23] **(1)** Dreh- und Angelpunkt des neuen Zahlungsverkehrsrechts ist § 675j BGB, der die Autorisierung des Zahlungsvorgangs regelt. Gem. § 675j Abs. 1 Satz 1 BGB ist ein Zahlungsvorgang gegenüber dem Zahler nur wirksam, wenn dieser ihn autorisiert hat. Ohne diese Autorisierung begründet ein Zahlungsvorgang keinen Aufwendungsersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters gegen den Zahler. Er hat diesem den Zahlungsbetrag vielmehr unverzüglich wertstellungsneutral zu erstatten (§ 675u Satz 1 und 2 BGB). Durch die § 675j und § 675u BGB wird in den sog. „Veranlasserfällen" eine Abkehr vom Horizont des Zahlungsempfängers als maßgebendem Wertungskriterium vollzogen. Maßgebend ist, dass das Gesetz ein gegenüber der früheren Rechtslage zu Gunsten des Zahlungsdienstleisters nur sehr eingeschränkt abdingbares Zurechnungskriterium für die Gültigkeit der Belastungsbuchung, nämlich die Autorisierung durch den Zahler, eingeführt hat (*Bartels*, WM 2010, 1828, 1833; vgl. auch *Winkelhaus*, BKR 2010, 441, 448), welches im Rahmen der wertenden Betrachtung auch im Bereicherungsrecht in den Vordergrund rückt.

[24] Dies bedeutet, dass ein Zahlungsvorgang im Anwendungsbereich der §§ 675c ff. BGB einem Zahler ohne dessen Autorisierung unabhängig davon, ob der Zahlungsempfänger Kenntnis von der fehlenden Autorisierung hat und wie sich der Zahlungsvorgang von seinem Empfängerhorizont aus darstellt, nicht als Leistung zugerechnet werden kann. Er hat mangels Tilgungsbestimmung im Valutaverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger keine Erfüllungswirkung und kann im Deckungsverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsdienstleister nicht als Leistung des Zahlungsdienstleisters an den Zahler angesehen werden. Mangels eines Leistungsverhältnisses begründet ein nicht autorisierter Zahlungsvorgang eine Nichtleistungskondiktion des Zahlungsdienstleisters gegen den Zahlungsempfänger.

f) Leistung auf fremde Schuld

Nach §§ 267 f. BGB kann ein Dritter auf fremde Schuld leisten. Zentrale Voraussetzung ist aber ein **Fremdtilgungswille**, der für den Gläubiger erkennbar sein muss. Im Unterschied zu den Anweisungsfällen leistet der Dritte bei § 267 BGB an den Gläubiger **aus eigener Veranlassung**! **75**



Besteht die Forderung, wird der Schuldner frei, der Gläubiger verliert die Forderung. Der Dritte kann nicht bei G kondizieren (die Forderung, auf die geleistet wurde, bestand ja), sondern nur bei S Rückgriff nehmen (Anspruchsgrundlagen: Rückgriffskondiktion; Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 683, 670 BGB).

Besteht ein Ablösungsrecht, ist § 268 Abs. 3 BGB zu beachten: Rückgriff über Legalzession: Die Forderung, auf die der Ablösungsberechtigte zahlt, erlischt nicht, sondern geht auf den Zahlenden über.

Wie aber, wenn die **Forderung nicht besteht**, auf die der Dritte leistet? In diesem Fall kann der zahlende Dritte nach hM **unmittelbar** beim *vermeintlichen* **Gläubiger** kondizieren. **76**

Eine Minderansicht will auch hier nur die Kondiktion beim vermeintlichen Schuldner zulassen, der seinerseits beim vermeintlichen Gläubiger kondizieren soll. Hiergegen überzeugend *Medicus/Petersen*, BR, Rdnr. 685: Damit werde dem vermeintlichen Schuldner das Risiko der Insolvenz des vermeintlichen Gläubigers zugewiesen, obgleich er die *Leistung an den G nicht veranlasst* hat (im Unterschied zu den Anweisungsfällen, → Rn. 59). Im Übrigen stellt sich die Frage, was der nur *vermeintliche* Schuldner S eigentlich iSd § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB „erlangt" haben soll; Befreiung von einer Verbindlichkeit jedenfalls nicht.

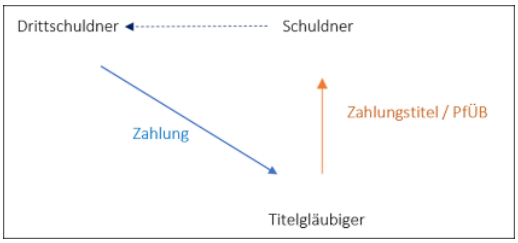
Daraus kann man folgenden **Wertungsgesichtspunkt** ableiten: Wer eine Anweisung erteilt, einem anderen eine Leistung zu erbringen, übernimmt damit auch das Risiko der Insolvenz des Anderen. Anders, wenn der Leistende „eigenverantwortlich" zahlt, wie bei § 267 BGB.

→ zur Vertiefung im Teil II *Fall 2*, S. 69 und im Teil III den Fall „Pechvogel" S. 103.

Ergänzung: Besteht ein Wahlrecht des Leistenden, der auf eine **vermeintlich eigene** Schuld bezahlt hat, wenn in Wirklichkeit ein anderer Schuldner ist? Diese Möglichkeit wäre wichtig, wenn der Zahlungsempfänger insolvent wird. Kann dann die Zahlung als Begleichung der fremden Verbindlichkeit nach § 267 BGB „umgedeutet" werden mit der Folge, dass Rückgriffskondiktion gegen den nicht insolventen Schuldner stattfindet? **77**

Dazu ablehnend *Medicus/Petersen*, BR, Rdnr. 951.

g) Zahlung des Drittschuldners an den Pfändungsgläubiger



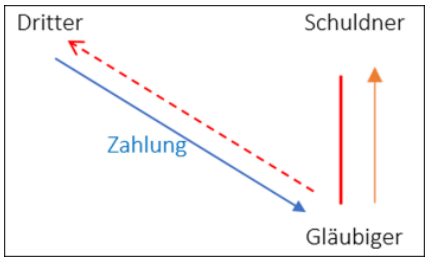
Beispiel: Gläubiger G pfändet die vermeintliche Forderung des Schuldners S gegen den Drittschuldner D und lässt sie sich zur Einzeihung überweisen (§§ 829, 836 ZPO). Der Drittschuldner zahlt an den Pfändungsgläubiger. Später stellt sich heraus, dass die gepfändete Forderung nicht bestand.

Nach BGH NJW 2002, 2871 kann der Drittschuldner beim **Gläubiger** kondizieren, nicht beim Vollstreckungsschuldner (bei dem in der Regel nicht viel zu holen ist). Der BGH argumentiert, der Drittschuldner möchte mit der Zahlung an den Titelgläubiger das gegen ihn gerichtete Einziehungsrecht (§§ 829, 836 ZPO) zum Erlöschen bringen; D zahlt also auf eine eigene Verbindlichkeit. **78**

h) Zessionsfälle

Beispiel: S tritt eine vermeintliche Forderung gegen D an G zur Sicherheit ab. Die Abtretung wird D angezeigt. D zahlt an G. Später stellt sich heraus, dass die Forderung nicht bestand.

79



Nach BGHZ 105, 365 (dazu *Bayer*, JuS 1990, 883); 122, 46 kann und muss D hier S (den Zedenten/früheren Gläubiger) bereicherungsrechtlich in Anspruch nehmen.

Der BGH zieht Parallelen zu den Anweisungsfällen:

„Die zur Sicherung eines Kredits vorgenommene Forderungszession steht wirtschaftlich den Fällen nahe, in denen der Gläubiger seinen Schuldner anweist, die Zahlung auf ein Konto bei der Bank zu leisten, die ihm Kredit gewährt und die aufgrund des Girovertrages die Möglichkeit hat, das Darlehen mit den auf dem Konto eingehenden Zahlungen zu verrechnen. Auch in solchen und ähnlichen Fällen einer Anweisung vollzieht sich der Bereicherungsausgleich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses; bei Fehlern im Deckungsverhältnis zwischen Anweisenden und Angewiesenen ist der Ausgleich daher in diesem Verhältnis vorzunehmen ...“.

80 In der Literatur wird die Entscheidung mit guten Gründen kritisiert. Es liege eine schlichte Leistung auf eine Nichtschuld vor, denn D möchte seine Verbindlichkeit berichtigen. Jedenfalls wenn keine Sicherungszession vorliegt, könne der vermeintliche Schuldner nur beim Zessionar kondizieren.

Hinweis: § 409 BGB betrifft den Fall der Abtretungsanzeige, wenn die Abtretung nicht erfolgt ist; mit dem Fall des Nichbestehens der abgetretenen Forderung hat § 409 BGB nichts zu tun. § 409 BGB ist auch keine „Anweisung“.

→ ergänzend unten im Teil III den Fall „Das teure Feuer“ S. 109.

81 Der BGH hat seine Ansicht, wonach in den Zessionsfällen der vermeintliche Schuldner beim Zedenten und nicht beim Zahlungsempfänger (dem Zessionar) kondizieren muss, in BGH NJW 2005, 1369 bestätigt.

Sachverhalt: Die F-GmbH stand mit der Klägerin in einer jahrelangen Geschäftsbeziehung und hatte (wie zu unterstellen war) nicht bestehende Forderungen im Rahmen eines Factoringvertrags an die Beklagte abgetreten. Die Klägerin zahlte an die Beklagte etwa 1 Mio. Euro. Im VorProzess klagte die Klägerin gegen F zwar mit Erfolg; allerdings wurde alsbald das Insolvenzverfahren über das Vermögen der F eröffnet. Im FolgeProzess versuchte die Klägerin ihr Glück bei der Beklagten, diesmal ohne Erfolg!

Wenn der abgetretene Scheinanspruch aus einem „grundsätzlich intakten Rechtsverhältnis" zwischen dem Scheinschuldner und dem Scheingläubiger stamme, habe der Zahlende bei seinem Vertragspartner und nicht beim Zahlungsempfänger zu kondizieren.

Insbesondere spreche das mit dem Vertragsschluss zwischen Scheinschuldner und dem Scheingläubiger übernommene Insolvenzrisiko dafür, eine Kondiktion nur in den Vertragsverhältnissen zuzulassen.

Zu beachten ist freilich, dass es sich um eine Factoringzession handelt. Nicht entschieden ist bislang der Fall, dass eine echte Vollzession vorliegt. Wenn der BGH auch in diesem Fall an der Kondiktion beim Vertragspartner und nicht beim Zahlungsempfänger festhält, würde er sich mit BGH NJW 2002, 2871 auseinandersetzen müssen, wonach der Drittschuldner bei der Zahlung auf eine gepfändete Scheinforderung beim Pfändungsgläubiger kondizieren muss.

IV. Bereicherung in sonstiger Weise

Literatur: *Giesen*, Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht – Die ungerechtfertigte Bereicherung (Teil 2 - Nichtleistungskondiktionen), Jura 1995, 234.

Fallbearbeitung: Teil II: *Fall 3*, S. 70, *Fall 4*, S. 71, *Fall 5*, S. 73, *Fall 19*, S. 91; Teil III: Fall „Krumme Geschäfte“, S. 116.

82 Die Nichtleistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB ist der Gegensatz zur Leistungskondiktion. Der wichtigste Fall der Nichtleistungskondiktion ist die Eingriffskondiktion (unter 1) mit dem Spezialfall des § 816 BGB (unter 2). Weitere Fallgruppen der Nichtleistungskondiktion bilden die Rückgriffs- (unter 3) und Verwendungskondiktion (unter 4).

1. Eingriffskondiktion

83 **Tatbestandsmerkmale** der Eingriffskondiktion sind:

- „etwas erlangt“
- „auf Kosten eines anderen“
- „in sonstiger Weise“ (d. h. *nicht* durch Leistung)
- „ohne Rechtsgrund“

84 Das **Merkmal „etwas erlangt“** ist unproblematisch: Dazu zählen alle Vorteile, die auch Gegenstand der Leistungskondiktion sein können.

85 Problematisch ist das **Merkmal „auf Kosten“**. Es hat eine doppelte Funktion:

- Es bestimmt, ob überhaupt eine Eingriffskondiktion vorliegt.
- Ferner bestimmt es den Gläubiger des Kondiktionsanspruchs.

86 Wann liegt eine Eingriffskondiktion vor? Das ist der Fall, wenn ein Wert („etwas“) *entgegen der rechtlichen Güterzuordnung* in einem Vermögen vorgefunden wird. Verlangt wird ein Eingriff in den **Zuweisungsgehalt** eines fremden Rechts. Dieser liegt vor, wenn fremde Nutzungs-, Gebrauchs- oder Verwertungsbefugnisse in Anspruch genommen werden. Anders formuliert: bei „Inanspruchnahme fremder Güter“.

Es kommt nicht auf menschliches Handeln an.

Beispiel: Die Herde grast auf der Wiese des Nachbarn.

Die Eingriffskondiktion ist ein Fall des **Rechtsgüterschutzes**. **87**

Beispiele:

- Nutzung oder Verbrauch einer fremden Sache;
- Verfügungen eine Nichtberechtigten; insoweit geht jedoch § 816 BGB als die speziellere Bestimmung vor;
- Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, die mit einem Rechtsverlust nach §§ 946 ff. BGB einher gehen; § 951 BGB verweist für diese Fälle ins Bereicherungsrecht.

Bei Sicherungseigentum ist genau auf den Zuweisungsgehalt zu achten. Dieser bezieht sich nur auf die Veräußerung, nicht auf die Nutzziehung. **88**

> *Beispiel* (nach BGH ZIP 2006, 2307 mit Anm. *v. Olshausen* ZIP 2007, 1145): H betreibt eine Bowlingbahn in von B gemieteten Räumen. Die Bowlingbahn war der Sparkasse S zur Sicherheit übereignet worden. Über das Vermögen des H wird das Insolvenzverfahren eröffnet. B nimmt die Räume wieder an sich und vermietet sie einschließlich der Bowlingbahn an G. S verlangt von B den Mietzins heraus, den dieser von G erhalten hat.
>
> Der BGH hat die auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB (Eingriffskondiktion) gestützte Klage abgewiesen. Es fehle an einem Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechtsguts. K als Sicherungseigentümer habe nur ein Recht zur Verwertung des Sicherungsguts durch Veräußerung. Die aus dem Sicherungsgut gezogenen Nutzungen gebühren ihm nicht (BGH aaO., Rn. 17 – 19).
>
> Anders ist nur zu entscheiden, wenn die Parteien in der Sicherungsabrede vereinbart haben, dass dem Sicherungseigentümer auch die Nutzungen gebühren sollen.
>
> Der BGH aaO., Rn. 24 f. scheint aber davon auszugehen, dass nach §§ 987, 990 BGB ein Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen besteht; insofern kritisch *v. Olshausen* ZIP 2007, 1145, 1147.
>
> Hätte B die Bowlingbahn wirksam an G veräußert, stünde der S der Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, der ebenfalls ein Fall der Eingriffskondiktion ist.

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB besteht auch bei der Verletzung fremder **Immaterialgüterrechte** (Patent, Urheberrecht, Markenrecht). Durch das Ausschliesslichkeitsrecht ist dem Inhaber die wirtschaftliche Verwertung des Gutes exklusiv vorbehalten. Zu ersetzen ist gemäß § 818 Abs. 2 BGB der objektive Wert des Gebrauchs des fremden Gutes. Dieser bestimmt sich nach der **üblichen Lizenzgebühr**. **89**

Der Verletzer kann nicht einwenden, der Rechtsinhaber hätte das Recht selbst gar nicht verwerten können. Bereicherungsrechtlich geht es allein darum, den beim Verletzer anfallenden Vorteil abzuschöpfen.

Von der Rechtsprechung anerkannt ist auch der Bereicherungsausgleich nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB (Eingriffskondiktion) bei Eingriff in das **allgemeine Persönlichkeitsrecht**. **90**

Leitentscheidung ist BGHZ 20, 345 - *Paul Dahlke*. Der Schauspieler *Paul Dahlke* liess sich auf einem Motorroller abbilden. Das Foto sollte in einer Fernsehzeitschrift erscheinen. Der (beklagte) Motorroller-Hersteller verwendete dieses Bild für Werbezwecke. Hier lag eine Einwilligung vor, die sich aber nur auf die Veröffentlichung in der Fernsehzeitschrift, nicht aber auf die Nutzung zu Werbezwecken erstreckte. Der BGH führt aus: **91**

> „Die (beklagte) Gesellschaft hat das Bildnis des Klägers gewerblich ausgewertet, ohne dass die hierzu nach dem Gesetz erforderliche Einwilligung des Klägers vorgelegen hat. ... Entscheidend ist allein, dass dem Kläger die Honorierung seiner Einwilligung in die tatsächlich durchgeführte Veröffentlichung, die er auf Grund seines Rechtes am eigenen Bild hätte verlangen können, vorenthalten worden ist. Der Bereicherungsanspruch soll nicht einem Vermögensminderung im Vermögen des Benachteiligten, sondern einen grundlosen Vermögenszuwachs im Vermögen des Bereicherten ausgleichen."

Bereichert ist die beklagte Gesellschaft also insoweit, als sie eigene Aufwendungen erspart hat.

Der BGH hat sich auch mit dem Einwand der beklagten Gesellschaft auseinander gesetzt, bei Kenntnis des Vergütungsanspruchs hätte sie das Foto niemals abgedruckt:

> „Die Gesellschaft kann aber dem Bereicherungsanspruch auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass sie keine Aufwendungen erspart habe, weil sie bei Kenntnis des Vergütungsanspruchs des Klägers sein Bildnis nicht in das Werbeinserat aufgenommen, sondern sich anderweit beholfen hätte. Sie muss sich vielmehr an der Sachlage, die sie selbst geschaffen hat, festhalten lassen."

Die Entscheidung konnte sich freilich auf § 22 KUG stützen, wonach das Recht am Bild der abgebildeten Person ausschliesslich zugeordnet ist. Damit lag ein eingriffsfähiger Zuweisungsgehalt vor. **92**

Bei dem *allgemeinen* Persönlichkeitsrecht ist dies weniger eindeutig, weil es insoweit keine gesetzliche Grundlage gibt. Gleichwohl bejaht *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 69 I 1 a die Eingriffskondiktion, wenn ein deliktischer Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegt. Das wäre etwa bei einer von einem „Journalisten" erfundenen und publizierten Sensationsgeschichte über einen Prominenten der Fall, nicht aber bei wahrheitsgetreuer Berichterstattung. **93**

Die Höhe des Bereicherungsanspruchs richtet sich auch bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach der **angemessenen Lizenzgebühr**. Freilich stellt sich die Frage, ob für Nichtprominente ein geringerer Wert anzunehmen ist. **94**

→ zum Namensrecht Fall „Freche Abstauber" S. 97

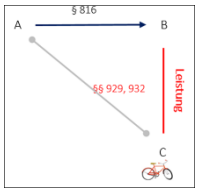
Das Merkmal: „in sonstiger Weise" dient der Abgrenzung zur Leistungskondiktion: Was durch Leistung erlangt worden ist, kann *nicht* in *sonstiger* Weise erlangt worden sein. Daher schliessen sich Leistungskondiktion und Eingriffskondiktion im Grundsatz aus. Das gilt für Zwei-Personen-Fälle ausnahmslos. **95**

96

Problematisch sind wiederum die „Drei-Personen-Verhältnisse“. Viele sprechen hier vom **Vorrang der Leistungskondiktion;** die Eingriffskondiktion sei subsidiär. Diese Schlagwörter sind mit Vorsicht „anzuwenden“. Sehr viel besser ist es, aus dem Gesetz Wertungskriterien abzuleiten, die eine Lösung des Konkurrenzverhältnisses erlauben.

Zu diesem Examensdauerthema drei **Beispiele**:

97 **(1) Redlicher Erwerb (§§ 892, 932 BGB):** Der redliche Erwerb (insbesondere nach §§ 932, 892 BGB) führt dazu, dass der bisherige Berechtigte sein Recht verliert. „Gewinner“ ist der redliche Erwerber, der an sich „auf Kosten“ des früheren Eigentümers „etwas erlangt“. Gleichwohl gilt: Wer nach §§ 932, 892 BGB redlich erworben hat, ist grundsätzlich keinem Bereicherungsanspruch des früheren Eigentümers aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB (Eingriffskondiktion) ausgesetzt. Der frühere Eigentümer (A) hat nur einen Anspruch gegen den Nichtberechtigten (B) nach § 816 Abs. 1 BGB. Der Erwerber (C) muss sich nur mit dem Verfügenden auseinander setzen, obgleich er „auf Kosten“ des A Eigentum erlangt hatte. Man kann dies mit dem Vorrang des Leistungsverhältnisses (C ist das Eigentum vom Nichtberechtigten B geleistet worden) vor der Eingriffskondiktion (Eingriff in das Eigentum des A durch Verfügung) begründen.



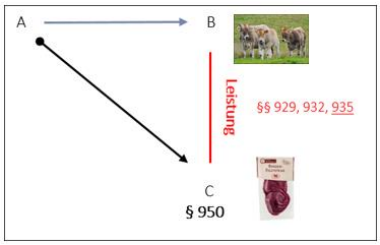
Möglich ist aber auch die Begründung, bei einer Direktkondiktion des früheren Eigentümers gegen den redlichen Erwerb liefen die §§ 892, 932 BGB dem gewollten wirtschaftlichen Ergebnis nach leer: C würde zwar Eigentum erwerben, müsste es aber sogleich dem A „herausgeben“. Weil gutgläubiger Erwerb nicht nur ein formales, da kondiktionsbelastetes Eigentum verschaffen soll, ist der redliche Erwerber nicht der Eingriffskondiktion ausgesetzt.

98 Wie aber gestaltet sich der Ausgleich, wenn der **Erwerber vom Dieb** der Sache wegen *§ 935 Abs. 1 BGB* kein Eigentum erlangt? Es besteht in erster Linie ein Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Erwerber nach § 985 BGB.

> Ob daneben ein Kondiktionsanspruch des Eigentümers auf den Besitz besteht ist sehr fraglich, denn der Besitz wurde nicht „auf Kosten“ des Eigentümers erlangt, es sei denn, dieser war mittelbarer und B unmittelbarer Besitzer. Aber auch dann spielt der obligatorische Bereicherungsanspruch hinsichtlich des Besitzes neben dem dinglichen Vindikationsanspruch keine praktische Rolle.

99 **(2) Erwerb nach § 950 BGB**: Besonders schwierig ist der Bereicherungsausgleich, wenn der Erwerber einer abhanden gekommen Sache (der wegen § 935 BGB nicht Eigentümer geworden ist) durch Verarbeitung eine *neue Sache* herstellt und dadurch nach § 950 BGB – also *nicht* nach §§ 929, 932 BGB – Eigentümer geworden ist. Hierzu der berühmte **Bullenfall** BGHZ 55, 176:

> *Sachverhalt:* Ein Landwirt A verlangte Wertersatz vom Fleischer C, der zwei dem Landwirt von B gestohlene Rinder zu Wurst verarbeitet hatte.
>
> → auch unten Fall „Ferkeldiebstahl“ S. 99.



100 BGHZ 55, 176 hat der Klage aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB stattgegeben und argumentiert wie folgt:

- Der Fleischer hat rechtsgeschäftlich wegen § 935 BGB kein Eigentum erworben.
- Der Landwirt hat erst mit Verarbeitung sein Eigentum nach § 950 BGB verloren. Zuvor hätte er noch nach § 985 BGB Herausgabe der Tiere verlangen können.
- Der Ausgleich erfolgt nach § 951 BGB. Dies ist eine **Rechtsgrundverweisung** auf §§ 812 ff. BGB. Das bedeutet, es ist zu prüfen, ob der Erwerb des Fleischers sich mit einem rechtlichen Grund im Sinne des § 812 Abs. 1 BGB vollzog.

101 Wichtig ist: Der Vertrag mit dem Dieb rechtfertigt den Erwerb kondiktionsrechtlich nicht; dazu BGHZ 55, 176, 177 f.:

> „Die §§ 932 ff BGB regeln abschliessend den Interessenkonflikt, der entsteht, wenn ein Nichtberechtigter im eigenen Namen eine fremde Sache an einen Dritten veräußert, und zwar zugunsten des Dritten für den Fall, dass die Sache dem Eigentümer nicht abhanden gekommen und der Dritte nicht bösgläubig ist. In diesem Fall wird der Dritte gemäß §§ 932 ff BGB Eigentümer und er darf das Eigentum behalten, ohne dem früheren Eigentümer ausgleichungspflichtig zu sein. Der Vertrag des Nichtberechtigten mit dem Dritten ist in diesem Fall der die Vermögensverschiebung rechtfertigende Grund. In allen anderen Fällen aber, so auch in dem hier gegebenen, dass die Sache dem Eigentümer abhanden gekommen ist, löst das Gesetz den Interessenkonflikt zugunsten des Eigentümers. Er behält das Eigentum und damit den Anspruch auf Herausgabe aus § 985 BGB gegen den Dritten als Besitzer. Wird dieser später infolge der Vorschriften der §§ 946 bis 948, 950 BGB Eigentümer, so wird dieser Eigentumserwerb nicht durch das Veräußerungsgeschäft, das der Nichtberechtigte mit dem Dritten geschlossen hat, gerechtfertigt. Der Eigentumserwerb des Dritten beruht nicht auf diesem Veräußerungsgeschäft, dem im Gegenteil § 935 BGB jede Rechtswirksamkeit abspricht, sondern allein auf den §§ 946 ff BGB. Diese Bestimmungen geben aber für sich allein keinen rechtfertigenden Grund für die Vermögensverschiebung ab, wie aus § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB zu entnehmen ist.“

102 Die Begründung des BGH ist nicht ganz klar; ist mit dem rechtfertigenden Vertrag der Kaufvertrag B/C gemeint? Dieser ist aber auch dann wirksam, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen wurde. Man kann dem BGH zustimmen, wenn man den rechtfertigenden „Vertrag“ in der dinglichen Einigung sieht, die bei Redlichkeit des Erwerbers einer nicht abhanden gekommenen Sache infolge § 932 BGB wirksam wird, nicht aber unter den Voraussetzungen des § 935 BGB.

Zutreffend ist auch, dass der Eigentumserwerb des C nicht auf einer Leistung des B beruht, denn dessen Verfügung war nach § 935 Abs. 1 BGB unwirksam. Der Eigentumserwerb beruht vielmehr auf Gesetz (§ 950 BGB).

103 Abweichend die Begründung des Bereicherungsanspruchs in der Literatur: Es liege ein „**Rechtsfortwirkungsanspruch**“ vor; § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB trete „an die Stelle“ des § 985 BGB.

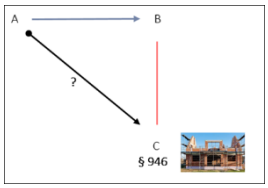
Das bedeutet zweitens, der Fleischer kann den an B gezahlten Kaufpreis nicht bereicherungsmindernd abziehen, weil er es auch § 985 BGB gegenüber nicht könnte.

104

In BGHZ 55, 176 wird weiter hervorgehoben, dass der Anspruch aus §§ 951, 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB nicht durch den Vorrang des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ausgeschlossen ist. Dieses schützt den redlichen Besitzer nur davor, Schadensersatz leisten zu müssen (wenn er redlich ist); hier geht es um **Eingriffskondiktion** und damit – wie beim Sachverbrauch und der Verfügung über die Sache – um Eingriffe in die Sachsubstanz bzw. den Sachwert.

→ unten Fall „Ferkeldiebstahl“ S. 99.

(3) Erwerb nach § 946 BGB – „Einbaufälle“ (dazu BGHZ 40, 272, 279; 56, 228, 239 ff.) **105**



Typischer Sachverhalt: Grundstückseigentümer C schliesst mit dem Bauunternehmer B einen Werkvertrag zur Erstellung eines Hauses. B verwendet beim Hausbau dem A gestohlene Baumaterialien. Welche Ansprüche hat A gegen C?

Beachte: In diesem Fall verliert A sein Eigentum an den Baumaterialien. Diese werden wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§§ 94 Abs. 2, 94 Abs. 1, 93 BGB); das Eigentum am Grundstück erstreckt sich darauf, § 946 BGB. Die Frage ist, welche Ausgleichsansprüche dem vormaligen Eigentümer zustehen.

Unproblematisch wäre der Fall, wenn B die Baustoffe dem C *veräußert* hätte und dieser sie selbst eingebaut hätte („Eigeneinbau“). C hätte wegen § 935 BGB kein Eigentum erworben und wäre – entsprechend den Lösungen beim *Bullenfall* – einem Bereicherungsanspruch des E nach §§ 951, 812 ff. BGB ausgesetzt. Auf einen Vorrang der Leistungsbeziehung könnte er sich nicht berufen, weil der Bereicherungsanspruch hier an die Stelle des Vindikationsanspruchs tritt, im übrigen das Eigentum (wegen § 935 BGB) nicht wirksam von B geleistet wurde. **106**

Wie aber, wenn wie im Sachverhalt nicht C, sondern der Bauunternehmer B die gestohlenen Baumaterialien eingebaut hätte? Kann der frühere Eigentümer A nach §§ 951, 812 BGB bei C wegen des Verlustes kondizieren? **107**

Medicus stellt darauf ab, ob der Erwerber das Eigentum auch erworben hätte, wenn B nach § 929 BGB übereignet *hätte*; man spricht von einer **„Als-ob-Betrachtung“**:

- Wird *gestohlenes* Material verwendet, hätte der C rechtsgeschäftlich das Eigentum wegen § 935 BGB nicht erwerben können und wäre nach dem Eigeneinbau einem Anspruch aus Eingriffskondiktion ausgesetzt gewesen. Nicht anders wird C behandelt, wenn B das Baumaterial nicht an C veräußert, sondern selbst sogleich auf dem Grundstück des C einbaut. E kann auch in diesem Fall nach §§ 951, 812 ff. BGB bei C kondizieren. Hier muss der Grundsatz zurücktreten, wer etwas durch Leistung erlangt habe (hier Einbau als Leistung), müsse nur im Leistungsverhältnis rückabwickeln.
- Ist das Material dem Eigentümer hingegen *nicht abhanden gekommen*, *hätte* der Bauherr C redlich nach §§ 929, 932 BGB erwerben können und er *wäre* auch keinem Bereicherungsanspruch ausgesetzt. Dann aber soll er auch keiner Eingriffskondiktion des (früheren) Eigentümers unterworfen sein, auch wenn es nicht zum Erwerb gekommen ist, sondern B eingebaut hatte.

Zur Vertiefung → *Fall 19*, S. 91; ferner zu den Einbaufällen unten Seite 99.

Merkmal „ohne Rechtsgrund“; im Grunde kann man bei jedem Erwerb die Frage stellen, ob er „mit Rechtsgrund“ erfolgte. **108**

Bezweckt der Eigentumserwerb nur eine **formale Zuweisung**, die bereicherungsrechtlich ausgeglichen wird *oder* soll der neue Eigentümer den Erwerb auch **dauerhaft** und ohne Wertausgleich **behalten** dürfen? **109**

Beispiel: K kauft von V ein Fahrrad. Der Kaufvertrag ist nichtig.

Infolge des Abstraktionsprinzips ist die Übereignung nicht infolge der Unwirksamkeit des Kaufvertrags nichtig. Allerdings soll der Eigentumserwerb durch K nicht dauerhaft sein. Er ist nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB einem Bereicherungsanspruch ausgesetzt. Der Erwerb des K war also nur formal „ohne Rechtsgrund“ erfolgt.

Vielfach ordnet das BGB bei gesetzlichen Erwerbstatbeständen ausdrücklich an, dass nur eine **formale** Zuordnung vorgesehen ist, indem auf Bereicherungsrecht verwiesen wird: **110**

- § 951 BGB;
- § 977 BGB beim Erwerb des Eigentums durch den Finder etwa nach § 973 BGB (Ablauf sechs-Monats-Frist nach Fundanzeige).

Bei der Ersitzung (§ 937 BGB) scheidet ein Kondiktionsanspruch hingegen aus. BGH NJW 2016, 3162 Rn. 39 ff.: Der Erwerb durch Ersitzung trägt seinen Rechtsgrund in sich und schließt Ansprüche gegen den Erwerber aus ungerechtfertigter Bereicherung aus. **111**

Eindeutig ist die Regelung auch beim **redlichen Erwerb**: Der frühere Eigentümer der redlich erworbenen Sache kann das Eigentum nicht nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB beim Erwerber kondizieren. Der entgeltliche (vgl. § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB) redliche Erwerb ist also kondiktionsfest. Vielmehr steht ihm ein Anspruch nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen den Veräußerer zu, dazu sogleich. **112**

2. § 816 BGB

Literatur: *Linardatois*, Die Kondiktionstatbestände des § 816 BGB, Jura 2018, 102; *Chelidonis*, Die dogmatische Einordnung des § 816 I BGB, JA 2019, 448. **113**

§ 816 BGB ist ein Spezialfall der Eingriffskondiktion. Es geht um den Ausgleich von Verfügungen eines Nichtberechtigten (§ 816 Abs. 1 BGB) bzw. von Leistungen an einen „Nichtgläubiger“, die infolge der Redlichkeit des Schuldners wirksam sind (§ 816 Abs. 2 BGB). Inhaber des Bereicherungsanspruchs ist der Berechtigte/Forderungsgläubiger, zu dessen Lasten die Verfügung/Leistung erfolgte.

Fallgruppen des § 816 BGB:

- § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB: Verfügung eines Nichtberechtigten, insbesondere §§ 932, 892, 2366 BGB.
- § 816 Abs. 2 BGB: Leistung an einen Nichtberechtigten („Nichtinhaber" einer Forderung), die – z. B. wegen § 407 Abs. 1 BGB, § 851 BGB, § 2367 BGB – wirksam ist.

114 *Beachte*: Gegen den **redlichen** Erwerber bzw. Schuldner besteht **kein** Bereicherungsanspruch, weil sonst der Gutglaubensschutz (§§ 892, 932, 407 BGB) praktisch bedeutungslos wäre.

a) § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB

115 Der Begriff **„Verfügung"** im Sinne des § 816 Abs. 1 BGB ist rechtstechnisch zu verstehen: Ein Rechtsgeschäft, durch das auf ein bestehendes Recht eingewirkt wird, sei es, dass es übertragen, belastet, inhaltlich geändert oder aufgehoben wird.

Keine Verfügung ist die *Zwangsvollstreckung*; bei Zwangsvollstreckung in schuldnerfremde Gegenstände richtet sich der Bereicherungsausgleich direkt nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB (→ Skript LEO VI Fall 15). Keine Verfügung ist auch der *Verbrauch* der Sache (*Beispiel*: Verbrennen fremden Holzes, Verbrauch fremder Energie); auch hier erfolgt der Ausgleich nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB.

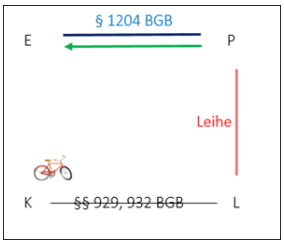
116 Die Verfügung des Nichtberechtigten muss **wirksam** sein.

- Die Wirksamkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten kann insbesondere aus §§ 932, 892 BGB folgen.
- Ferner ist § 2366 BGB zu beachten; Wirksamkeit einer Verfügung wegen eines Erbscheins.
- § 1207 BGB: wirksame Verpfändung eines Nichtberechtigten.

117 § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt auch bei gutgläubigem lastenfreien Erwerb nach § 936 BGB.

Verfügt ein Nichtberechtigter über einen *belasteten* Gegenstand, ist daher genau zu unterscheiden: Soweit der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts dieses verloren hat (§ 936 BGB), gebührt ihm vom Verfügenden das Erlangte; soweit der Eigentümer sein Recht verloren hat, gebührt ihm das Erlangte; Anspruchsgrundlage ist jeweils § 816 Abs. 1 BGB.

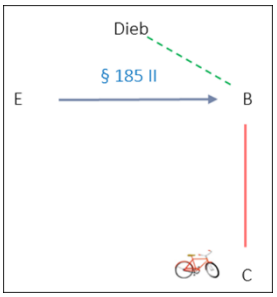
Beispiel: E verpfändet sein Fahrrad an den P zur Sicherung einer Forderung von 60 Euro; P leiht es dem L; L veräußert das Fahrrad an den redlichen K für 100 Euro. Welche Ansprüche haben P bzw. E gegen L?



Anspruchsgrundlage ist § 816 Abs. 1 BGB. Hier ist die Verfügung L/K nach § 932 BGB wirksam. K erwirbt Eigentum; das Pfandrecht erlischt nach § 936 BGB. P (als früherer Pfandgläubiger) kann von L gemäß § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB 60 Euro, E (als früherer Eigentümer) von L nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB 40 Euro verlangen.

Hinweis: In der Klausur sind im Verhältnis P-L vertragliche Ansprüche vorrangig zu prüfen; nach welcher Anspruchsgrundlage?

Die Wirksamkeit der Verfügung im Sinne des § 816 Abs. 1 BGB kann nicht nur aus §§ 932, 892 BGB usw. folgen. Anerkannt ist, dass der Rechtsinhaber (E) die Verfügung auch nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB **genehmigen** kann. Das ist wichtig, wenn die Sache (von C) wegen § 935 BGB nicht redlich erworben wurde, sie aber gleichwohl nicht greifbar ist, etwa weil der Erwerber unbekannt ist. Würde man § 816 Abs. 1 BGB hier nicht anwenden, würde die Vorschrift des § 935 BGB, die den Berechtigten E schützen soll, zu seinem Nachteil ausschlagen.



Beachte: Verlangt der (frühere) Eigentümer (E) das Erlangte vom Verfügenden (B) heraus, liegt darin regelmäßig eine **konkludente Genehmigung**.

→ dazu Fall „Krumme Geschäfte" S. 116.

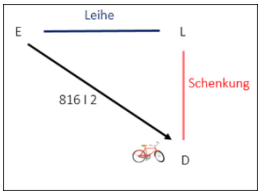
Eine konkludente Genehmigung kann insbesondere in der **Klageerhebung** gesehen werden.

Nach hM kann der Nichtberechtigte verurteilt werden zur **Herausgabe „Zug um Zug"** gegen Genehmigung des Rechtsgeschäfts, weil der E solange wie möglich seinen Vindikationsanspruch gegen C behalten möchte. Das bedeutet aber, dass die Genehmigung noch nicht vorliegt, wenn der Anspruch im Urteil zugesprochen wird. Vorzugswürdig ist daher die Annahme einer bedingten Genehmigung (Genehmigung unter der Bedingung der Herausgabe des erlangten Kaufpreises).

b) § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB

118 Hat der Nichtberechtigte den fremden Gegenstand verschenkt, besteht kein Anspruch nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil der Nichtberechtigte aus der schenkweisen Verfügung nichts erlangt hat. § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB gibt dem früheren Eigentümer vielmehr einen Anspruch direkt gegen den Beschenkten. Der Erwerber hat unentgeltlich erworben und ist mangels eigener Aufwendungen nicht schutzwürdig.

Beispiel: E verleiht an L ein Fahrrad, das dieser dem redlichen D schenkweise übereignet.

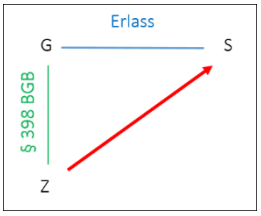


Hier kann E von D Übereignung des Fahrrads nach § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangen; gegenüber L bestehen Ansprüche des E aus dem Leihvertrag, Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 604 Abs. 1, 280, 283, 275 Abs. 1 BGB und aus § 823 Abs. 1 BGB. – §§ 687 Abs. 2, 681 Satz 2, 667 BGB scheiden aus, denn L hat nichts erlangt.

119

§ 816 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt bei allen Verfügungen, nicht nur bei Veräußerungen oder Belastungen.

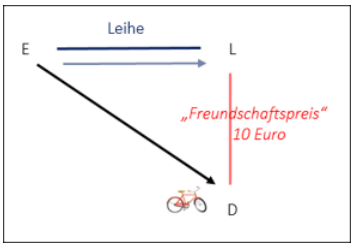
Beispiel: G hat eine Forderung gegen S über 500 Euro. G tritt die Forderung an Z ab; S erfährt davon nichts. G hält die Abtretung ohnehin für unwirksam und erlässt S die Forderung, da er S „etwas Gutes tun“ möchte.



Hier ist die Forderung Z-S nach § 397 Abs. 1 BGB erloschen. Zwar war G nicht mehr Inhaber der Forderung, aber als Verfügung über die Forderung ist der Erlassvertrag gemäß § 407 Abs. 1 Fall 2 BGB gegenüber Z wirksam. Gleichwohl kann Z nach § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB von S Zahlung von 500 Euro verlangen. Der rechtliche Vorteil des S besteht in der Befreiung von der Verbindlichkeit über 500 Euro. Da diese unentgeltlich erfolgt ist, schuldet S dem Z Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB).

Problem: **„Gemischte Schenkung“**, oder: „Verkauf zum Freundschaftspreis“. Es wird keine Schenkung vereinbart, wohl aber ein Preis unter dem Marktwert. **120**

Beispiel: L verkauft und übereignet das Fahrrad des E zum „Freundschaftspreis“ gegen Zahlung von 10 Euro an D; das Fahrrad hat einen Wert von 100 Euro.

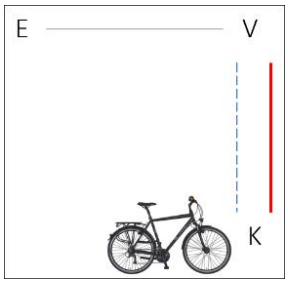


– Eine Ansicht folgt der **„Alles oder Nichts“-Lösung**: Es komme darauf an, ob der entgeltliche oder der unentgeltliche Teil der Verfügung überwiege. Je nachdem besteht ein Anspruch gegen den Nichtberechtigten oder den Erwerber. Dieser Ansatz stellt kaum lösbare Abgrenzungsprobleme: Was bedeutet „überwiegt“?

– Überzeugender *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 69 II 2: **Teilungslösung**. Hinsichtlich des entgeltlichen Teils kann der frühere Berechtigte E den Nichtberechtigten L in Anspruch nehmen (im Beispiel: 10 Euro), hinsichtlich des unentgeltlichen Teils haftet der Erwerber D nach §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 818 Abs. 2 BGB auf Wertersatz (im Beispiel: 90 Euro). Der Erwerber D könne aber auch die erlangte Sache herausgeben, Zug um Zug gegen Abtretung des Anspruchs des E gegen L aus § 816 Abs. 1 BGB (in Höhe von 10 Euro). Bei dieser Lösung kommt es nicht darauf an, ob der entgeltliche oder die unentgeltliche Teil überwiegt.

Problem: **„Rechtsgrundlos gleich unentgeltlich“?** Sehr umstritten ist, ob bei § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB die rechtsgrundlose Verfügung der unentgeltlichen gleichzustellen ist. **121**

Beispiel: V verkauft und übereignet ein dem E gehörendes nicht abhanden gekommenes Fahrrad an den redlichen K. Der Kaufvertrag V/K ist nichtig, nicht die Übereignung, so dass K nach §§ 929, 932 BGB Eigentümer geworden ist. Welche Rechte hat E?



– Eine Auffassung stellt den (hier mangels wirksamen Kaufvertrag V/K) rechtsgrundlosen Erwerb dem unentgeltlichen gleich. Danach soll E direkt von K analog § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB das erlangte Eigentum kondizieren können. Der K sei bei einem rechtsgrundlosen Erwerb noch viel weniger schutzwürdig als bei einer Schenkung, bei der immerhin ein wirksamer Rechtsgrund bestehe. Auch sei K unmittelbar auf Kosten des E bereichert, denn E verliert sein Eigentum.

– Die Gegenansicht widerspricht mit dem Argument, bei einer Direktkondition könne K Einreden dem E nicht entgegen halten, die K dem V gegenüber hat, insbesondere hinsichtlich der Rückgewähr des rechtsgrundlos geleisteten Kaufpreises. Daher sei auch hier nur die Kondiktion des E bei V und V bei K („Doppelkondiktion“) möglich.

  Dies hat allerdings zur Folge, dass V von K im Wege der Rückabwicklung sogar das Eigentum (!) erlangt, das er zuvor nicht hatte. Andere nehmen daher bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung im Verhältnis V-K einen erneuten Eigentumserwerb des früheren Eigentümers E an („Wiedererwerb“).

– Eine vermittelnde Auffassung (etwa *Palandt/Sprau*, BGB, § 816, Rn. 19) will hier die „Kondiktion der Kondiktion“ zulassen. E könne von V Abtretung dessen Bereicherungsanspruchs gegen den K verlangen und bei K diesen Anspruch (also nicht § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB) geltend machen. Dies hat den Vorteil, dass V nicht bei der Rückabwicklung Eigentümer wird, aber den Nachteil, dass K gemäß § 404 BGB Einwendungen (etwa ein Zurückbehaltungsrecht wegen des an V geleisteten Kaufpreises) dem E entgegen halten kann (s. bereits oben).

Stellungnahme: Im Ergebnis ist eine Kondiktion der Kondiktion auch hier abzulehnen; E bekäme sein Eigentum nur wieder, wenn er Aufwendungen erbringt. Eine Gleichsetzung von rechtsgrundlos und unentgeltlich würde E zwar komplikationslos zu seinem Recht verhelfen, aber zu Lasten der Interessen des K. Zu folgen ist der Lösung einer Doppelkondiktion. E kann von V den Wert der Sache kondizieren. Der Einwand, der V werde bei der Rückabwicklung Eigentümer, ist weniger gewichtig; denn E steht ein Wertersatzanspruch zu, §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, 818 Abs. 2 BGB. Allenfalls als Option zugunsten des Eigentümers könnte man die Kondiktion der Kondiktion anerkennen, wenn dem Eigentümer gerade an der Sache (und nicht an ihrem Wert) gelegen ist und er die Einwendungen des K „auf sich nehmen“ möchte. **122**

c) Rechtsfolgen des § 816 Abs. 1 BGB

Auf der Rechtsfolgenseite des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ist herauszugeben das „durch die Verfügung Erlangte“. Damit ist die **Gegenleistung** gemeint, die der Verfügende vom Verfügungsempfänger erhält. **123**

Im Grunde wird vom Verfügenden nichts „durch die Verfügung“ erlangt, denn eine Verfügung überträgt nur Rechte. Allenfalls hat der nichtberechtigt Verfügende Befreiung von der Verbindlichkeit erlangt, auf die er leistet. Mit der Verfügung war der Anspruch des Verfügenden einredefrei geworden (§ 320 BGB).

124

Das durch die Verfügung Erlangte **umfasst** auch einen vom Nichtberechtigten erzielten **Gewinn**. Herauszugeben ist das Erlangte *in voller Höhe*, also auch dann, wenn die Sache zu einem höheren Preis als den Marktwert veräußert wurde, selbst wenn dies auf einer besonderen Geschäftstüchtigkeit des Verfügenden beruht.

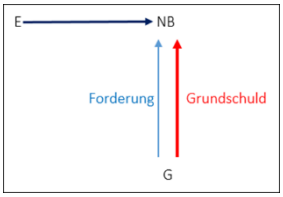
Dazu die Argumente bei BGHZ 29, 157, 160 f.:

- Wortlaut spricht vom „Erlangtem" und nicht vom „Wert" der veräußerten Sache.
- § 818 Abs. 2 BGB („Wert zu ersetzen") ist kein Argument, denn § 816 Abs. 1 BGB tritt an die Stelle des § 985 BGB.
- Das Recht, eine Sache gewinnbringend zu veräußern, entspringt den Befugnissen des Eigentümers; folglich soll er auch den Gewinn erhalten.
- Beweisschwierigkeiten (Sachverständigenwertgutachten erforderlich).

125 Die **Gegenleistung**, die der Nichtberechtigte etwa dem Dieb bezahlt hat, kann er *nicht* nach § 818 Abs. 3 BGB bereicherungsmindernd absetzen. Auch eine Analogie zu § 255 BGB scheidet aus (BGHZ 29, 157 ff.)

126 Zur **Konkurrenz** mit §§ 989, 990 BGB: § 816 Abs. 1 BGB ist neben dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis anwendbar. § 816 Abs. 1 BGB ist ein Ausgleichsanspruch für den Verlust der **Sachsubstanz**, genauer: des Substanzwerts der Sache. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis regelt insofern nichts, sondern nur Ausgleichsansprüche für Nutzungen, Schäden und Verwendungen. Ohne § 816 Abs. 1 BGB könnte der (frühere) Eigentümer nur bei Verschulden und unter den Voraussetzungen der §§ 989, 990 BGB einen Ersatz für sein verlorenes Eigentum erlangen.

127 *Problem:* Herausgabeanspruch nach § 816 Abs. 1 BGB, wenn ein fremder Gegenstand mit einem **Sicherungsrecht belastet** worden ist. Die Belastung ist eine „Verfügung" gemäß § 816 Abs. 1 BGB.

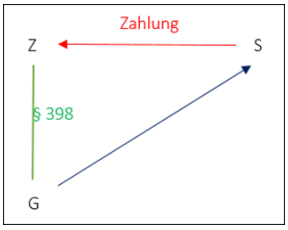


Beispiel: NB ist zu Unrecht als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen, das E gehört; NB belastet das Grundstück des E zur Sicherung eines Darlehens (§ 488 BGB) mit einer Sicherungsgrundschuld (§ 1191 BGB) zugunsten des Gläubigers G; die Bestellung ist wirksam nach §§ 873, 892, § 1191 BGB.

128 Hier muss NB *nicht* die erhaltene Darlehenssumme herausgegeben; das Darlehen muss er vielmehr an G zurück zahlen. Herauszugeben ist vielmehr zunächst der *Zinsvorteil* (Wertersatz § 818 Abs. 2 BGB), der dadurch erzielt wird, dass für das Darlehen eine Sicherheit geboten wurde (*Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 72 III 4 c). Wird allerdings das Grundstück des E aufgrund der Grundschuld (durch Zwangsversteigerung) verwertet, muss NB dem E den Wert herausgeben, den er durch die Befreiung von der Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger G erlangt hat.

d) § 816 Abs. 2 BGB

129 *Grundfall zu § 816 Abs. 2 BGB:* Zedent Z tritt seine Forderung gegen S an den Zessionar G ab. S zahlt gleichwohl an Z, weil er die Abtretung nicht kennt. G kann von Z nach § 816 Abs. 2 BGB Herausgabe der Leistung verlangen, wenn S nach § 407 Abs. 1 BGB frei geworden ist („dem Berechtigten gegenüber wirksam").

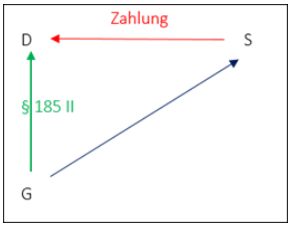


§ 816 Abs. 2 BGB spielt eine Rolle vor allem bei der verdeckten Sicherungszession, aber auch – über § 408 BGB – bei Mehrfachzessionen, wenn der Schuldner nur die zweite Abtretung kennt und an den Zweitzessionar bezahlt.

§ 816 Abs. 2 BGB greift ferner ein bei schuldbefreienden Zahlungen nach §§ 851, 893, 2367 BGB.

130 *Exkurs:* § 407 BGB ist eine Schuldnerschutzvorschrift. Nach hM kann der Schuldner wählen, ob er sich auf die Vorschrift beruft („Einrede" des § 407 BGB). Wenn er den Schutz ablehnt, kann er nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB die erbrachte Zahlung beim früheren Gläubiger Z kondizieren. Zugleich entfällt der Anspruch des Neugläubigers G gegen den Z aus § 816 Abs. 2 BGB und es lebt der Anspruch des G gegen den S wieder auf. – Ein Problem dabei ist, dass es für die „Geltendmachung" des Schutzes nach § 407 Abs. 1 BGB keine Frist gibt. Hatte der Altgläubiger Z nach § 816 Abs. 2 BGB bereits an den Neugläubiger das Geleistete herausgegeben, kann er bei diesem nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB (Condictio ob causam finitam) zurückfordern, wenn S jetzt gegen Z vorgeht. Der Neugläubiger G hätte sich schützen können, indem er auf Anzeige der Abtretung (§ 409 BGB) besteht.

131 Auch bei **§ 816 Abs. 2 BGB** erkennt die hM die Möglichkeit der **Genehmigung** nach § 185 Abs. 2 Satz 1 BGB an.



Beispiel: Der Schuldner S leistet versehentlich an den Dritten D, den er für den Gläubiger G hält.

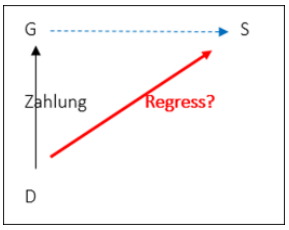
132 Hier scheidet § 407 Abs. 1 BGB zunächst aus, denn D hatte die Forderung nicht an G abgetreten; S müsste bei D kondizieren und an den G leisten. Nach hM kann aber G die Zahlung an den D genehmigen und nach § 816 Abs. 2 BGB von D Herausgabe verlangen. Begründen lässt sich dies mit § 362 Abs. 2 BGB, der auf § 185 Abs. 2 BGB verweist.

133 Eine Genehmigung durch G kommt nach der Rechtsprechung auch noch in Betracht, wenn über das Vermögen des Schuldners S das Insolvenzverfahren eröffnet worden war (BGH ZIP 2009, 485). Der G kann für seine Forderung gegen S zwar nur die Insolvenzquote verlangen, durch Genehmigung aber einen vollwertigen Anspruch gegen den D bekommen. Das geht zu Lasten der Insolvenzmasse, die ihren vollwertigen Bereicherungsanspruch gegen den D verliert.

3. Rückgriffskondiktion

134

Ausgangsbeispiel: Gläubiger G hat eine Forderung gegen Schuldner S in Höhe von 1.000 Euro. Ein Dritter D zahlt auf die fremde Schuld nach § 267 BGB; S wird von seiner Zahlungspflicht frei. S hat die Schuldbefreiung „erlangt". Kann D bei S Regress nehmen?



Die Rückgriffskondiktion ist **subsidiär**. Zunächst ist nach anderen Rückgriffstechniken zu suchen: **135**

- Aufwendungsersatzanspruch nach Auftragsrecht (§ 670 BGB), wenn die Zahlung aufgrund Auftrags des S erfolgte; die Zahlung ist ersatzfähige Aufwendung.
- Übergang der Forderung auf den Leistenden nach § 268 Abs. 3 BGB, § 1143 BGB usw.; auch bei Unterhaltszahlung: §§ 1607 Abs. 2, 1608 Satz 3, 1584 Satz 3 BGB.
- Zahlung als Geschäftsführer ohne Auftrag? Rückgriff über § 683 BGB und § 670 BGB.
- Bei nichtberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag verweist § 684 BGB auf § 812 BGB.

Wenn keine vorrangigen Anspruchsgrundlagen eingreifen, besteht die Möglichkeit der **Rückgriffskondiktion**. Für sie gilt: Wer eine fremde Schuld wirksam tilgt, bereichert den Schuldner, dessen Vermögen um eine *Verbindlichkeit befreit* und damit verbessert wird; die Befreiung von der Schuld ist „erlangt". Der zahlenden Dritte kann daher nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB Regress nehmen, im *Ausgangsbeispiel* 1.000 Euro verlangen. **136**

Der Umfang der Bereicherung durch Schuldbefreiung richtet sich streng nach der getilgten Forderung und ihrer Durchsetzbarkeit. Bedeutung hat dies insbesondere bei der Verjährung. Die Problematik veranschaulicht der (zugespitzte) Fall, dass der Dritte einen Tag vor Vollendung der Verjährung an den Gläubiger leistet. **137**

Dazu BGH NJW 2000, 3492, 3494 f.: **138**

> „Nach Ansicht der neueren Rechtsprechung und Literatur unterliegt aber der aus der Tilgung einer fremden Schuld erwachsene Bereicherungsanspruch der für diese geltenden Verjährungsfrist (accessio temporis: *BGHZ 70*, 389 [398] ...). Dies erscheint schon deshalb sachgerecht, weil der Schuldner durch die Tilgung nur in dem Umfang bereichert ist, in dem die ursprüngliche Schuld bestanden hat. Deshalb gilt für den Bereicherungsanspruch nicht nur die Verjährungsfrist der ursprünglichen Schuld, vielmehr läuft auch deren bereits begonnene Verjährung weiter."
>
> Zur Vertiefung → Fall 4, S. 71.

Problem: **Nachträgliche Änderung** der Tilgungsbestimmung einer Leistung, um die Rückgriffskondiktion zu ermöglichen. **139**

> *Beispiel:* D leistet an G auf eine vermeintlich eigene Schuld. Später stellt sich heraus, dass Schuldner der S war. D kann grundsätzlich bei G nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB kondizieren; nicht bei S, denn D hatte keinen Fremdtilgungswillen. G ist allerdings insolvent. Kann D seine Leistung nachträglich als Leistung auf die Verbindlichkeit des S „umdeuten" und dann bei S Regress im Wege der Rückgriffskondiktion nehmen?

Dies bejaht BGH NJW 1986, 2700. Freilich würde damit die Insolvenzmasse geschmälert.

4. Verwendungskondiktion

Durch Aufwendungen auf eine Sache wird der Eigentümer der Sache bereichert. **140**

> *Beispiel:* K füttert eine Katze, die sich in seinem Garten gelegentlich aufhält. Er verlangt Ersatz der Futterkosten vom Eigentümer der Katze.

Hier kommt eine Kondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB in Betracht. Aber: Häufig besteht ein Konkurrenzverhältnis zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis; daher wird die Frage eingehend beim Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (→ Teil I D, Rn. 275) behandelt.

V. Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts

Literatur: *Giesen*, Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht - Die ungerechtfertigte Bereicherung (Teil 3 – Der Bereicherungsumfang), Jura 1995, 281

Fallbearbeitung: Teil II: *Fall 7*, S. 74, *Fall 8*, S. 76; Teil III: Fall „Sonnenstudio", S. 119.

1. Gegenstand der Kondiktionshaftung

Der Anspruch nach § 812 BGB ist ein schuldrechtlicher (kein dinglicher) Anspruch, so dass in der Insolvenz des Bereicherungsschuldners nur eine Quotenzahlung zu erwarten ist. Für die Verjährung gelten §§ 195, 199 Abs. 1, Abs. 4 BGB (Regelverjährung), nicht die Sonderbestimmungen für Schadensersatzansprüche aus § 199 Abs. 2, Abs. 3 BGB. **141**

Nach § 812 Abs. 1 BGB ist das „Erlangte" herauszugeben; es ist in der Klausurearbeitung darauf zu achten, das Erlangte exakt zu bestimmen: **142**

> *Beispiele:* Bei rechtsgrundlosem Erwerb von Eigentum ist die Sache zurück zu übereignen, hat der Schuldner nur die Sachherrschaft erlangt (nichtiger Mietvertrag), ist der Besitz herauszugeben, auf eine rechtsgrundlos (Sicherungsvertrag ist nichtig) bestellte Sicherungsgrundschuld ist zu verzichten; eine Forderung ist zurück abzutreten, wenn der Forderungskaufvertrag nichtig ist; eine rechtsgrundlos erlassene Schuld ist wieder zu begründen; eine ohne Rechtsgrund begründete abstrakte Forderung (§ 780 BGB) ist zu erlassen.

Gegenstand der Herausgabepflicht kann auch ein **Unternehmen** im Rahmen der Rückabwicklung eines eines sog. *asset deals* sein. Hiervon zu unterscheiden ist die Rückübertragung der Mitgliedschaft an der unternehmenstragenden Gesellschaft (*share deal*); dann sind die Gesellschaftsanteile zurück zu gewähren. **143**

Kann „das Erlangte" nicht herausgegeben werden, regelt § 818 Abs. 2 BGB den Inhalt des Bereicherungsanspruchs. Danach schuldet der Bereicherungsschuldner in zwei Fällen **Wertersatz**: **144**

- Die **erste Alternative** des § 818 Abs. 2 BGB erfasst die Herausgabe „nicht gegenständlicher" Vorteile, etwa Gebrauchsvorteile bei nichtigem Miet-, Dienst- oder Kaufvertrag; bei rechtsgrundlosem Bezug von Energie; ferner bei Nutzung fremder Immaterialgüterrechte, etwa Patente, Marken- oder Urheberrechte, wenn ein Lizenzvertrag nicht besteht.

- Die **zweite Alternative** des § 818 Abs. 2 BGB meint Weiterveräußerung, Untergang oder Verbrauch des herauszugebenden Gegenstands (und damit Fälle des Unvermögens/der Unmöglichkeit).

145 Ist Gegenstand eines nichtigen Unternehmenskaufvertrags eine **freiberufliche Praxis** (Anwaltskanzlei, Arztpraxis), hat der Kondiktionsschuldner neben dem Inventar, den Akten und den Räumen ggf. auch den Mandanten-, Klienten- oder Patientenstamm heraus zu geben (BGH NJW 2006, 2847 = JuS 2006, 1488). Wechseln die Mandanten, Klienten oder Patienten aber nicht auf den Bereicherungsgläubiger „über", weil der Kondiktionsschuldner weiterhin „am Ort" tätig ist, ist die Herausgabe unmöglich und der Bereicherungsschuldner schuldet nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz.

146 Herauszugeben ist der **objektive Wert** des Erlangten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Bereicherungsgläubiger den Vermögensvorteil hätte erzielen können.

Beispiel: P ist Inhaber eines Patents. A vertreibt unter Ausnutzung der geschützten Erfindung hergestellte Maschinen.

Hier kann P nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB, 818 Abs. 2 Fall 2 BGB Herausgabe des Wertes des Gebrauchs des Schutzrechts (objektive Lizenzgebühr) verlangen, auch wenn P selbst die Erfindung nicht hätte ausnutzen können. Es geht nicht um die Entwicklung des Gläubigervermögens, nicht um Schadensersatz oder Entreicherung, sondern um Bereicherung. – Gewinnherausgabe kommt bei wissentlicher Fremdgeschäftsführung in Betracht nach §§ 687 Abs. 2, 681 Satz 1, 667 BGB.

2. Bereicherungsrechtliche Ergänzungs- und Sekundäransprüche

a) Surrogate

147 § 818 Abs. 1 Fall 2 und 3 BGB regelt den Inhalt des Bereicherungsanspruchs, wenn der ursprüngliche Bereicherungsgegenstand nicht mehr vorhanden ist, an seine Stelle aber ein anderer Gegenstand tritt.

Unter § 818 Abs. 1 Fall 3 BGB („Ersatz") fallen etwa Versicherungsleistungen oder ein Anspruch auf Schadensersatz.

Beispiel: Die von S an G bereicherungsrechtlich nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zurückzuübereignende Sache wird von D zerstört; der Schadensersatz(-anspruch) ist herauszugeben (abzutreten).

148 *Problem:* Umfasst die Herausgabepflicht nach § 818 Abs. 1 Fall 2 BGB auch den Erlös aus Rechtsgeschäften mit dem Bereicherungsgegenstand („rechtsgeschäftliche Surrogate" – „commodum ex negotiatione"). Von Bedeutung ist dies, wenn der Erlös höher ist als der nach § 818 Abs. 2 BGB zu ersetzende objektiven Wert.

Beachte: Der **unredliche** oder verklagte Bereicherungsschuldner haftet nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 285 BGB (früher: § 281 BGB a.F.) immer auf Herausgabe des rechtsgeschäftlichen Surrogats, BGHZ 75, 203. Es geht im folgenden nur um den *redlichen* Bereicherungsschuldner.

149 Nach hM (BGHZ 24, 106, 110 f., ohne Begründung allerdings) erstreckt sich § 818 Abs. 1 Fall 2 BGB **nicht** auf **rechtsgeschäftliche Surrogate**. Kann der Bereicherungsschuldner den Gegenstand nicht mehr herausgeben, weil er ihn veräußert hat, trifft ihn keine Pflicht zur Herausgabe des Erlöses, sondern nur die Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 BGB.

150 **Beachte den Unterschied zu § 816 Abs. 1 BGB:** Nach hM erstreckt sich bei § 816 Abs. 1 BGB die Herausgabehaftung auf den gesamten Erlös (einschliesslich des Gewinns), nicht nur auf den objektiven Wert; dazu BGHZ 29, 157 und bereits oben unter Rn. 127.

Begründen lässt sich dies wie folgt: Anders als bei § 818 Abs. 1 BGB wird bei § 816 Abs. 1 BGB über eine *fremde dingliche* Position verfügt.

→ dazu vertiefend den *Fall 7*, S. 74.

b) Herausgabe von Nutzungen

151 Der Bereicherungsschuldner hat auch Nutzungen herauszugeben; Nutzungen gebühren dem Kondiktionsgläubiger, § 818 Abs. 1 Fall 1 BGB.

Zum Begriff „Nutzungen" s. § 100 BGB. Nutzungen sind bei Geldbeträgen marktübliche Zinsen, auch die Gebrauchsvorteile bei nichtigen Gebrauchsüberlassungsverträgen.

152 **Gewinne** fallen nach hM *nicht* darunter, vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 72 II 3 c; Herausgabe des Gewinns sei nur nach §§ 687 Abs. 2, 681 Satz 2, 667 BGB möglich. Anders die Rechtsprechung, beispielsweise BGH NJW 2006, 2847 = JuS 2006, 1488: Die mit einer Steuerberaterpraxis erzielten Gewinne sind als Nutzungen herauszugeben, soweit sie nicht nur auf den persönlichen Fähigkeiten und Leistungen des Kondiktionsschuldners beruhen (BGH aaO., Rn. 46). Diese Rechtsprechung wirft erhebliche Abgrenzungsprobleme auf. *Staudinger/Lorenz*, BGB, § 818 Rn. 12 schlägt vor, auf den objektiven Ertragswert abzustellen, der dem Pachtwert entspreche.

153 Der **redliche** Bereicherungsschuldner muss nach § 818 Abs. 1 Fall 1 BGB aber nur wirklich **gezogene** Nutzungen herausgeben. Anders der bösgläubige Bereicherungsschuldner, der nach §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 2 BGB auch schuldhaft nicht gezogene Nutzungen herausgeben muss.

Beachte: Auch für Nutzungen gilt § 818 Abs. 3 BGB.

154 Unterscheide: Nutzungen als primärer Gegenstand der Leistungskondiktion (Mietvertrag ist nichtig; Mietsache wird gebraucht) und ergänzende Herausgabe von Nutzungen nach § 818 Abs. 1 Fall 1 BGB (Kaufvertrag ist nichtig, Kaufsache wird benutzt).

c) Wertersatz

§ 818 Abs. 2 Fall 2 BGB regelt einen Fall der Leistungsstörung: Der Bereicherungsschuldner ist ausserstande, den Kondiktionsanspruch zu erfüllen, weil er den Gegenstand nicht mehr hat, etwa weil er weiter übertragen wurde oder untergegangen ist. Hierzu zählt auch der Verbrauch der Sache. **155**

Problematisch ist die Belastung der herauszugebenden Sache durch den Bereicherungsschuldner mit einem Pfandrecht. Diese muss vom Bereicherungsschuldner nicht abgelöst werden; vielmehr muss das Grundstück nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen (§ 818 Abs. 3 BGB) nur so herausgegeben werden, wie es sich jetzt befindet, also mit der Belastung. Die nachteilige Veränderung des Grundstücks durch die Belastung mit einem Pfandrecht muss gemäß § 818 Abs. 2 BGB durch Wertersatz ausgeglichen werden (BGHZ 112, 376, 380 f. [II. Zivilsenat]; offen aber V. Zivilsenat BGH, NJW 2002, 1872, 1874). **156**

3. Einwand der Entreicherung

Der redliche Bereicherungsschuldner hat das Erlangte gemäß **§ 818 Abs. 3 BGB** *nicht* herauszugeben, wenn er nicht mehr bereichert ist. **157**

> Der unredliche oder verklagte Bereicherungsschuldner haftet auf Schadensersatz, wenn ihn ein *Verschulden* trifft, §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989 BGB. Aber auch der unredliche oder verklagte Bereicherungsschuldner haftet nicht, wenn die Unmöglichkeit auf *Zufall* beruht. Dann gilt § 275 Abs. 1 BGB.

§ 818 Abs. 3 BGB dient der **Privilegierung** des **redlichen** Bereicherungsschuldners. Sein guter Glaube an den Bestand des Erwerbs soll geschützt und das übrige Vermögen („Stammvermögen") im Rahmen einer Rückabwicklung nicht angegriffen werden. **158**

Unproblematisch ist daher, dass sich der redliche Bereicherungsschuldner auf § 818 Abs. 3 BGB berufen kann, wenn er den rechtsgrundlos erlangten Gegenstand verbraucht, verloren, vernichtet oder verschenkt hat.

> *Beispiel:* Der rechtsgrundlos übereignete Pkw wird zerstört, der Bereicherungsschuldner wird frei (§ 818 Abs. 3 BGB); das gilt auch, wenn den redlichen Bereicherungsschuldner ein Verschulden trifft.
>
> *Zur Erinnerung:* Wenn infolge schenkweiser Weitergabe § 818 Abs. 3 BGB eingreift, besteht gemäß § 822 BGB ein Anspruch gegen den Beschenkten.

§ 818 Abs. 3 BGB wird heute nicht nur auf den konkreten rechtsgrundlos erlangten Gegenstand bezogen; vielmehr kann ein Wegfall der Bereicherung auch eintreten, wenn das Erlangte vollauf beim Kondiktionsschuldner vorhanden ist, sein sonstiges Vermögen aber mit Verbindlichkeiten belastet oder sonstwie geschmälert ist. **159**

Anerkannt ist beispielsweise, dass vom Schuldner aufgewendete *Vertragskosten* unter § 818 Abs. 3 BGB fallen.

> *Beispiel:* Beim rechtsgrundlosen Erwerb eines Grundstücks kann der Bereicherungsschuldner die Kosten für Makler, Notar und Grundbuchamt nach § 818 Abs. 3 BGB absetzen. Das Grundstück muss nur *Zug um Zug* gegen Erstattung der Kosten zurückübertragen werden.

Ferner zählen auch *Aufwendungen* auf die herauszugebende Sache dazu, die im Vertrauen auf den Bestand des Erwerbs getätigt wurden. **160**

> *Beispiel:* Der Bereicherungsschuldner lässt das rechtsgrundlos erlangte Auto reparieren.

Auf eine Werterhöhung kommt es nicht an. – Anders beim *unredlichen* Bereicherungsschuldner nach Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bei nicht notwendigen Verwendungen (vgl. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 996 BGB). **161**

Zur Abgrenzung: *Nicht* jede *kausal* durch das Erlangte verursachte Einbusse kann nach § 818 Abs. 3 BGB bereicherungsmindernd geltend gemacht werden; das gilt insbesondere für Schäden. **162**

> *Beispiel*: Der herauszugebende Hund beisst den Bereicherungsschuldner.
>
> *Beispiel:* Das rechtsgrundlos erworbene Auto verliert Kraftstoff und es kommt in der Garage des Bereicherungsschuldners zu einem Brand. Hier ist die Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB weggefallen, soweit das herauszugebende Auto zerstört worden ist; nicht aber wegen der Beschädigung der Garage.

Beachte: In folgenden Fallgruppen findet **kein Wegfall der Bereicherung** statt: **163**

1. „**Ersparnis eigener Aufwendungen".** Obgleich der Bereicherungsschuldner das Erlangte weggibt/verbraucht, ist er nicht entreichert, wenn er dadurch eigene Aufwendungen erspart hat.

> *Beispiel*: Jemand erwirbt rechtsgrundlos Eigentum an einem Apfel und isst ihn auf. Hier tritt keine Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB ein, denn erspart wurden eigene Aufwendungen für Lebensmittel. Der Obstesser hat zwar den Apfel nicht mehr, dafür aber in seinem Vermögen einen entsprechenden Geldbetrag, den er nicht aufbrauchen musste.
>
> *Beispiel*: Jemand mietet einen Pkw; der Mietvertrag ist nichtig. Im Hinblick auf die Nutzungen sind eigene Aufwendungen erspart worden, falls auf jeden Fall ein anderer Pkw hätte gemietet werden müssen. Die gezogenen Nutzungen müssen dann herausgegeben werden.
>
> – (Unter-)Ausnahme: Ein Wegfall der Bereicherung ist hingegen anzunehmen bei „**Luxusaufwendungen**", die ohne die rechtsgrundlos erlangte Bereicherung nicht getätigt worden wären.
>
> *Beispiel*: Miete eines Sportwagens für eine Wochenendspazierfahrt.

2. **Zahlung eigener Schulden** mit dem Erlangten; hier liegt kein Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB vor, denn der Bereicherungsschuldner erlangt dauerhaft Befreiung von Verbindlichkeiten. Betrachtet man sein Vermögen insgesamt, ist er nicht entreichert: er hat zwar das Erlangte nicht mehr, ist dafür aber von Verbindlichkeiten frei geworden.

3. **Nicht** nach § 818 Abs. 3 BGB kann abgesetzt werden ferner der **Kaufpreis** für den Erwerb der Sache. **164**

Beispiel: S kauft vom Dieb D ein Fahrrad für 50 Euro und veräußert es an X für 100 Euro. Der Eigentümer E genehmigt die Verfügung des S an X und verlangt den an S bezahlten Kaufpreis heraus.

Anspruchsgrundlage ist § 816 Abs. 1 BGB. Der Anspruch ist dem Grunde nach gegeben; die Verfügung des S ist nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB wirksam geworden. Herauszugeben ist der gesamte von X an S bezahlte Kaufpreis, also 100 Euro.

Hinsichtlich der Höhe des Anspruchs scheidet im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB ein Abzug des von S an D bezahlten Kaufpreises in Höhe von 50 Euro aus. Wesentliches Argument ist, dass der S dem Vindikationsanspruch des E gegenüber den an D bezahlten Kaufpreis ebenfalls nicht hätte einwenden können; insbesondere ist der gezahlte Kaufpreis keine „Verwendung" auf die Sache im Sinne von § 994 BGB.

Zur Vertiefung → *Fall 8*, S. 76.

4. Saldotheorie

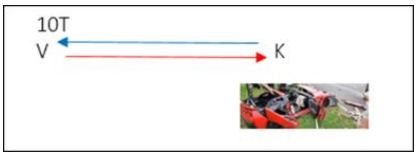
Literatur: *Hoffmann*, Die Saldotheorie im Bereicherungsrecht, Jura 1997, 416; *Thier*, Grundprobleme der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, JuS 1999, L9; *Kiehnle*, § 822 BGB und die Saldotheorie, JA 2005, 737; *Schur*, Die Verknüpfung wechselseitiger Leistungen, JuS 2006, 673.

165 Besondere Probleme stellen sich beim Bereicherungsausgleich im Rahmen von unwirksamen **gegenseitigen** Verträgen.

Allgemein gilt zunächst: Ist ein Kaufvertrag nichtig, kann der Käufer K vom Verkäufer V nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB den Kaufpreis zurück verlangen; der Verkäufer kann die Kaufsache ebenfalls nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zurück übereignet verlangen. Beide Ansprüche stehen neben- bzw. gegeneinander; sie sind „Zug-um-Zug" zu erfüllen. Man spricht von **Zwei-Kondiktionen-Lehre**.

166 Schwierigkeiten scheint § 818 Abs. 3 BGB zu bereiten. Angenommen, die von K herauszugebende Sache ist zerstört oder ihm gestohlen worden; in diesem Fall kann K dem Kondiktionsanspruch des V nach § 818 Abs. 3 BGB den Wegfall seiner Bereicherung entgegen halten. V erhält nichts, muss aber nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB dem K den geleisteten Kaufpreis vollauf zurück zahlen. Hiergegen wendet sich die **Saldotheorie** (BGH NJW 1999, 1181; lesenswert, auch zur prozessualen Darlegungslast): Beide Bereicherungsansprüche seien zu saldieren. K müsse sich den Wert seiner Entreicherung von seinem Kondiktionsanspruch abziehen lassen.

Beispiel: K hat bei V einen Pkw mit objektivem Wert von 10.000 Euro für 10.000 Euro gekauft. Der Kaufvertrag ist nichtig. Der Pkw wird von K infolge Unachtsamkeit zu Schrott gefahren.



V kann von K hier wegen § 818 Abs. 3 BGB nichts verlangen. Nach der Saldotheorie kann aber auch K von V nichts mehr verlangen. Von seinem nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB eigentlich gegebenen Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung von 10.000 Euro muss sich K den Wert des untergegangenen Pkws (ebenfalls 10.000 Euro) abziehen lassen.

Hatte K 12.000 Euro als Kaufpreis vereinbart und bezahlt, kann K nur 2.000 Euro kondizieren. Wiederum ist der objektive Wert des untergegangenen Pkws ein Abzugsposten.

167 Zu beachten ist, dass die Saldotheorie nicht zu einem eigentlich nicht gegebenen Bereicherungsanspruch des Inhabers des wegen § 818 Abs. 3 BGB weggefallenen Anspruchs führen darf, wenn der Wert der rechtsgrundlos erlangten Sache höher als der Kaufpreis ist.

Beispiel: K kauft rechtsgrundlos bei V eine Kaufsache im Wert von 10.000 Euro für 8.000 Euro. Die Kaufsache geht unter. Hier kann der K nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB von V nichts verlangen (von seinem Kondiktionsanspruch i.H.v. zunächst 8.000 Euro muss er sich 10.000 Euro [Wert des Erlangten] abziehen lassen).

Umgekehrt kann V *nicht* 2.000 Euro von K verlangen. Das würde dazu führen, dass der K aus seinem sonstigen Vermögen noch etwas aufbringen müsste. Insoweit bleibt § 818 Abs. 3 BGB freilich auch von der Saldotheorie unberührt. Die Saldotheorie führt zu einer **Einwendung**, sie ist keine Anspruchsgrundlage!

168 Die Saldotheorie bedeutet also (nur): Der Bereicherungsgläubiger muss von seinem Bereicherungsanspruch seine eigene Entreicherung abziehen. Anders formuliert:

Der eigene Bereicherungsanspruch ist um den Wert der eigenen Entreicherung gemindert.

169 Diese Lehre bedeutet eine **Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB:** Das danach eigentlich den Bereicherungsgläubiger treffende Risiko des Untergangs der Sache wird bei gegenseitigen Verträgen auf den Bereicherungsschuldner verlagert. Begründet wird diese Lehre mit dem *faktischen Synallagma*: Danach soll bei der Unwirksamkeit des Vertrags dieselbe Risikoverteilung eingreifen wie bei Wirksamkeit. Im gegenseitigen Vertrag ist das Schicksal der Leistungen eng verknüpft. Wird der Verkäufer nach § 275 Abs. 1 BGB frei, kann er gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht die Gegenleistung verlangen. Dieselbe Verknüpfung soll auch bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung stattfinden.

170 **Kritik an der Saldotheorie:** Gegen die Saldotheorie spricht, dass sie keine Grundlage im Gesetz findet und letztlich eine Korrektur des § 818 Abs. 3 BGB darstellt. – Viele beschränken die Saldotheorie daher auf den Fall, dass der Bereicherungsschuldner die Unmöglichkeit der Herausgabe des von ihm Erlangten zu vertreten hat (*Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 232).

171 Einig ist man sich darüber, dass die **Saldotheorie nicht zur Anwendung** kommt, wenn der Schutzzweck der die Nichtigkeit des gegenseitigen Vertrags begründenden Norm dies verlangt. Das ist der Fall bei **nicht voll Geschäftsfähigen** (vgl. zuletzt BGH NJW 2003, 3271) und bei **arglistiger Täuschung** durch den Bereicherungsgläubiger.

Beispiel: Ist der Käufer arglistig getäuscht worden, kann er nach Anfechtung gemäß §§ 123, 142 Abs. 1 BGB trotz Untergangs der Kaufsache den Kaufpreis voll zurück verlangen.

Beispiel: Ist der Käufer 16 Jahre alt (vgl. §§ 107 ff. BGB), kann er ebenfalls bei der Rückabwicklung des nicht vom gesetzlichen Vertreter genehmigten Kaufvertrags trotz Untergangs der Kaufsache den Kaufpreis ungekürzt nach § 812

Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zurückfordern. Der Minderjährigenschutz geht vor! Freilich darf man allein aufgrund Kenntnis vom eigenen Alter nicht verschärfte Haftung (§ 819 BGB) annehmen.

Um die Insolvenzmasse nicht zu schmälern, greift die Saldotherie ferner nicht, wenn der Bereicherungsanspruch vom Insolvenzverwalter geltend gemacht wird (BGH NJW 2005, 884, Anm. *K. Schmidt* JuS 2005, 464).

5. Aufgedrängte Bereicherung

Zuweilen erlangt der Bereicherungsschuldner etwas, das er nicht haben will. Vielfach will er auch nicht der Kondiktion unterworfen sein und über § 818 Abs. 3 BGB hinaus Schutz geniessen. **172**

Bei der **Leistungskondiktion** hilft § 814 BGB. Ferner ist § 241a BGB zu beachten, wenn Waren unbestellt zugesandt werden.

Bei der **Rückgriffskondiktion** (Zahlung auf fremde Schuld, um sich zum Gläubiger des Schuldners zu „machen") hilft ein Abtretungsverbot nach § 399 Fall 2 BGB, → dazu *Fall 4*, S. 71. Wurde dieses nicht vereinbart, kann der Schuldner nach § 267 Abs. 2 BGB der Drittleistung widersprechen; freilich wird der Gläubiger kaum einmal die Leistung ablehnen.

Problematisch sind **Verwendungen** und Fälle wie bei BGHZ 23, 61: Ein Pächter hatte auf dem gepachteten Grundstück ein Gebäude errichtet und verlangt vom Eigentümer nach §§ 946, 951, 812 ff., 818 Abs. 2 BGB Wertersatz. (Das Gebäude sollte dauerhaft auf dem Grundstück verbleiben, sonst ohnehin § 95 BGB.) Der Eigentümer will das Gebäude nicht haben. **173**

BGHZ 23, 61, 65 hat unter Hinweis auf § 1001 Satz 2 BGB dem Eigentümer die Befugnis gegeben, den Pächter auf den Abriss des Gebäudes zu verweisen. Freilich ist die Rechtsfolge des § 1001 Satz 2 BGB darauf gerichtet, dass der Eigentümer die gesamte Sache herausgibt (hier das Grundstück). **174**

Eine andere Lösung besteht darin, bei der Höhe des Wertes des Erlangten auf einen **subjektiven Maßstab** abzustellen. Nur wenn die Bereicherung (hier: das Gebäude) für den Eigentümer Nutzen bringt, ist er bereichert, etwa wenn er bei der Veräußerung des Grundstücks einen höheren Ertrag erzielt. Freilich ist im Rahmen des § 818 Abs. 2 BGB grundsätzlich der objektive Wert entscheidend. **175**

Besser erscheint die Lösung über § 1004 BGB: In der Bebauung liegt eine Beeinträchtigung des Eigentums, und der Eigentümer kann dem Pächter den **Beseitigungsanspruch einredeweise** entgegen setzen. **176**

In BGHZ 23, 61 hätte auch ergänzende Vertragsauslegung (Pachtvertrag) geholfen; vgl. auch § 591 BGB.

6. Haftung des unredlichen/verklagten Bereicherungsschuldner

a) Überblick: Haftungsmaßstab

Das BGB differenziert im Bereicherungsrecht zwischen dem redlichen unverklagten Bereicherungsschuldner und dem bösgläubigen bzw. verklagten Bereicherungsschuldner. **177**

- Der redliche unverklagte Bereicherungsschuldner wird – wie gesehen – nach § 818 Abs. 3 BGB von jeder Haftung frei, wenn er das Erlangte nicht herausgeben kann. Das gilt auch bei Fahrlässigkeit, wenn der Bereicherungsschuldner z. B. seine Herausgabepflicht hätte erkennen können. Die Bereicherungshaftung ist „milde"!
- Nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB haftet der verklagte bzw. unredliche Bereicherungsschuldner nach den „allgemeinen Vorschriften", also (bei der Herausgabe von Sachen) gemäß § 292 BGB nach §§ 987 ff. BGB (näher → d]). Er haftet also für jede Fahrlässigkeit (§§ 990, 989 BGB).

Dabei ist zu beachten: Bösgläubigkeit im Bereicherungsrecht nach § 819 Abs. 1 BGB setzt positive Kenntnis vom Fehlen des Rechtsgrundes voraus; bei §§ 990 Abs. 1 Satz 1 [nicht: Satz 2!], 932 Abs. 2 BGB schadet bereits grob fahrlässige Unkenntnis; und bei §§ 280, 276 BGB jede Fahrlässigkeit. **178**

b) Bösgläubigkeit

Der Bereicherungsschuldner ist bösgläubig, wenn er *Kenntnis* vom Mangel des rechtlichen Grundes hat, § 819 Abs. 1 BGB. Dem gleichgestellt wird der verklagte Bereicherungsschuldner, § 818 Abs. 4 BGB. Dieser muss sich darauf einstellen, das Erlangte herauszugeben. **179**

§ 818 Abs. 4 BGB gilt analog, wenn bei einem nichtigen gegenseitigen Vertrag (z.B. Kaufvertrag) der Bereicherungs*schuldner* (!) seine erbrachte Leistung im Wege der Klage zurück verlangt. Klagt der *Käufer* auf Rückzahlung des Kaufpreises nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB, kann er sich nicht auf § 818 Abs. 3 BGB berufen, wenn die Kaufsache bei ihm untergeht. Zwar weiss der Käufer als Kläger nicht, ob er den Prozess gewinnt; aber er muss sich darauf einstellen. – Die Saldotheorie muss nicht bemüht werden.

Bei § 819 Abs. 1 BGB reicht grob fahrlässig Unkenntnis *nicht*, führt also nicht zur Haftung nach den allgemeinen Vorschriften; es bleibt bei § 818 Abs. 3 BGB. Anders ist es im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nach §§ 989, 990 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Nach § 820 BGB (bezieht sich auf § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB) haftet der Bereicherungsschuldner auch verschärft, wenn er die Ungewissheit über den Bestand seines Erwerbs kennt. Ähnlicher Gedanke wie bei § 142 Abs. 2 BGB. **180**

c) Zurechnung von Kenntnis

- Bei gewillkürtem Vertreter gilt § 166 BGB analog („Allgemeine Wissenszurechnung"). Es kommt also auf die Kenntnis des Stellvertreters an. **181**
- Bei Minderjährigen entscheiden nach hM §§ 107 ff. BGB. Maßgeblich ist also Kenntnis des gesetzlichen Vertreters. – Andere wenden § 828 BGB an; danach kommt es insbesondere im Rahmen des § 828 Abs. 3 BGB auf die Einsichtsfähigkeit an. Sinnvoll erscheint es, zwischen Leistungskondiktion (dann analog §§ 104 ff. BGB) und Eingriffskondiktion (§ 828 BGB) zu differenzieren; so auch BGHZ 55, 128, 135 ff. in dem bekannten „Flugreisefall".

→ Fall 5 „Flugreise nach New York“, S. 73.

d) „Allgemeine Vorschriften“

182 Unter die „allgemeinen Vorschriften“ nach § 818 Abs. 4 BGB fallen drei Bestimmungen:

(1) § 818 Abs. 4 BGB verweist für Geldschulden auf **§ 291 BGB.** Herauszugebendes Geld ist nach §§ 291, 288 BGB (5%-Punkte über Basiszinssatz) zu verzinsen. Eine Mahnung ist nicht erforderlich.

(2) Für andere Anspruchsinhalte gelten über **§ 292 BGB** die §§ 987 ff. BGB. Der bösgläubige oder verklagte Kondiktionsschuldner haftet wie ein verschärft haftender Vindikationsschuldner. § 292 BGB erfasst alle „Gegenstände“, also nicht nur Sachen, sondern auch sonstige Rechte wie Forderungen und Immaterialgüterrechte.

183 *Bedeutung*:

- Nutzungen: § 987 BGB statt § 818 Abs. 1 BGB; der verschärft Haftende muss gezogene und *schuldhaft nicht* gezogene Nutzungen herausgeben.
- Verwendungen: §§ 994 ff. BGB statt § 818 Abs. 3 BGB; Herausgabe notwendiger Verwendungen durch den Bereicherungsgläubiger gemäß § 994 Abs. 2 BGB nur nach Geschäftsführung ohne Auftrag; nützliche grundsätzlich nicht, § 996 BGB.
- Schadensersatz: §§ 989, 990 BGB statt § 818 Abs. 3 BGB; Voraussetzung ist aber Verschulden bzgl. der Zerstörung oder Beschädigung (vgl. Wortlaut des § 989 BGB). Für Zufall haftet auch der unredliche Bereicherungsschuldner nicht. Jedoch erfolgt die Zurechnung von Verschulden von Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB; § 812 BGB begründet das dafür erforderliche Schuldverhältnis.

184 *Beachte*: Doppelte Zurechnung: Wissen eines bevollmächtigten Gehilfen des Bereicherungsschuldners wird im Rahmen des § 819 Abs. 1 BGB nach § 166 BGB zugerechnet, Verschulden nach § 278 BGB. Beide Zurechnungsnormen sind sorgfältig zu trennen und die Voraussetzungen gesondert zu untersuchen.

> *Beispiel:* K bevollmächtigt seinen Arbeitnehmer A, bei V einen Computer zu erwerben. A weiss, dass der Kaufvertrag mit V nichtig ist und lässt zudem noch den Computer versehentlich unbeaufsichtigt stehen, so dass er gestohlen wird.
>
> K haftet dem V auf Schadensersatz nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 990, 989 BGB. Dem K ist Kenntnis des A analog § 166 BGB und Verschulden des A nach § 278 BGB zuzurechnen.

185 (3) Zu den „allgemeinen Vorschriften“ zählt schließlich **§ 285 BGB** (BGH NJW 2014, 2790, Rn. 38; BGHZ 75, 203 [zum insoweit gleichlautenden § 281 BGB a.F.]). Der verschärft haftende Bereicherungsschuldner hat danach, wenn ihm die Herausgabe des Empfangenen infolge einer Veräußerung an einen Dritten nach § 275 BGB unmöglich geworden ist, dem Bereicherungsgläubiger auf dessen Verlangen den Kaufpreis(-anspruch) als rechtsgeschäftlich erlangtes Surrogat herauszugeben.

VI. Sonderfall § 817 BGB

186 § 817 BGB enthält zwei Regelungen, die streng zu trennen sind: § 817 Satz 1 BGB ist eine Anspruchsgrundlage, § 817 Satz 2 BGB eine Kondiktionssperre.

1. Kondiktionsanspruch gemäß § 817 Satz 1 BGB

187 § 817 Satz 1 BGB gibt dem Leistenden einen Bereicherungsanspruch, wenn der **Leistungsempfänger** *durch die Annahme* der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstossen hat (*Condictio ob turpem vel iniustam causam*). Wer sich durch die Entgegennahme einer Leistung außerhalb der Rechts- und Sittenordnung stellt, darf die Leistung nicht behalten.

188 Der Anwendungsbereich von § 817 Satz 1 BGB ist schmal. Es muss gerade und *nur* die „Annahme“ gesetz- oder sittenwidrig sein. Regelmäßig ist bereits das Grundgeschäft (nach § 134 BGB oder § 138 BGB) nichtig, so dass schon die Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB einschlägig ist.

189 Es verbleiben nur wenige **Anwendungsfälle** (vgl. *Palandt/Sprau*, § 817, Rn. 10). Ein Beispiel ist die *Schutzgelderpressung*; hier ist das Kausalgeschäft wirksam (vgl. § 123 Abs. 1 BGB: anfechtbar), aber es besteht ein Rückforderungsanspruch des Erpressten nach § 817 Satz 1 BGB. – Der Erpresste kann auch anfechten nach §§ 123 f. BGB (Drohung) und dann gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB kondizieren. § 814 BGB steht der Rückforderung durch den Erpressten nicht entgegen, wenn man die Vorschrift als Ausprägung treuwidrigen Verhaltens deutet: Der Erpresste, der die Leistung zurückverlangt, handelt nicht treuwidrig. Bei § 817 Satz 1 BGB findet § 814 BGB ohnehin keine Anwendung.

2. Kondiktionsausschluss gemäß § 817 Satz 2 BGB

190 Eine größere Bedeutung hat § 817 Satz 2 BGB. Danach ist die Rückforderung *ausgeschlossen*, wenn dem **Leistenden** ebenfalls ein Gesetz- oder Sittenverstoß zur Last fällt. Wer sich mit der Leistung selbst „außerhalb der Rechtsordnung“ stellt, kann sie nicht zurückfordern.

Man legt § 817 Satz 2 BGB in zwei Punkten erweiternd aus:

- Es genügt, wenn *allein* dem Leistenden ein Gesetz- oder Sittenverstoß vorzuwerfen ist (unstr., BGH NJW 2014, 1805, Rn. 18).
- § 817 Satz 2 BGB gilt für alle Arten der Leistungskondiktion (also auch § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB, nicht aber für die Nichtleistungskondiktion).

> *Beispiel:* BGHZ 118, 142: Eine GmbH erteilt einem Wirtschaftsprüfer den Auftrag zur Prüfung des Jahresabschlusses. Der Auftrag ist nach § 134 BGB nichtig, weil der Abschlussprüfer entgegen § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB bereits bei der Aufstellung

des zu prüfenden Jahresabschlusses mitgewirkt hatte. Hier scheidet ein Anspruch der GmbH auf Rückzahlung des Honorars nach § 812 Abs. 1 Satz 1f1 BGB aus, weil sich **§ 817 Satz 2** BGB auch auf die **Leistungskondiktion erstreckt**.

Thema **„Schwarzarbeit"** bei Bauhandwerkerleistungen. Insofern hat der BGH seine Rechtsprechung zur (Nicht-)Anwendung des § 817 Satz 2 BGB 2013 geändert. **191**

Typischer Sachverhalt: Besteller und Unternehmer vereinbaren einen „Festpreis" für die Erbringung von Bauleistungen, ein Teilbetrag wird „ohne Rechnung" in bar bezahlt (und darauf zB Umsatz- und Einkommenssteuer nicht entrichtet). Nur über den verbliebenen Teil wird eine Rechnung erstellt und im Wege der Banküberweisung bezahlt.

1. Frage: Ist der Vertrag zwischen Besteller und Werkunternehmer nichtig? BGH NJW 2013, 3167, Rn. 23 ff. bejaht Nichtigkeit nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG, jedenfalls wenn der Unternehmer vorsätzlich gegen Steuerpflichten verstößt und der Besteller das zu seinem Vorteil ausnutzt. Nichtig ist der gesamte Vertrag, nicht nur der Vertragsteil mit der „Ohne-Rechnung-Abrede" (BGH NJW 2013, 3167, Rn. 29).

Beachte: Ein *Arbeits*vertrag ist *nicht* nach § 134 BGB iVm § 1 SchwarzArbG nichtig (BAGE 105, 187, Rn. 23 f.).

2. Frage: Können Besteller und Unternehmer die Leistungen bzw. den Werklohn verlangen? Nein, der Werkvertrag ist nichtig.

3. Frage: Stehen dem Besteller Gewährleistungsrechte zu, insbesondere ein Nachbesserungsanspruch (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB) oder ein Aufwendungsersatzanspruch bei Selbstvornahme (§§ 635 Nr. 2, 637 BGB)? Nein, Gewährleistungsrechte sind ebenfalls ausgeschlossen, da es an einer wirksamen vertraglichen Grundlage fehlt. – Der Unternehmer handelt auch nicht treuwidrig (§ 242 BGB), wenn er zunächst leistet und den Werklohn entgegen nimmt, dann aber Nachbesserung unter Hinweis auf die Nichtigkeit des Vertrags verweigert (BGH NJW 2013, 3167, Rn. 30).

4. Frage: Hat eine Werklohnklage des Unternehmers Aussicht auf Erfolg? Dazu BGH NJW 2014, 1805 (besprochen von *Jäsch* JuS 2014, 1123, *Stadler* JA 2014, 623):

- Ein Anspruch auf Vergütung aus § 631 Abs. 1 Fall 2 BGB besteht wegen Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags nicht.
- Ein Aufwendungsersatzanspruch (aus GoA, dazu Rn. 424) nach § 683 Satz 1 BGB scheidet aus, da der Unternehmer seine Aufwendungen mit Blick auf § 1 Abs. 2 SchwarzArbG nicht für erforderlich halten durfte.
- Ein Anspruch auf Wertersatz nach §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB ist gemäß § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Nicht nur der Vertrag, sondern auch die aufgrund der nichtigen Vereinbarung erfolgende Leistungserbringung verstößt gegen ein gesetzliches Verbot (§ 1 Abs. 2 SchwarzArbG: „… wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt …"). § 242 BGB steht der Anwendung des § 817 Satz 2 BGB nicht entgegen (Änderung der Rechtsprechung! aA noch BGH NJW 1990, 2542: Normzweck des damaligen SchwarzArbG erfordere nicht, dass der Besteller die Leistung unentgeltlich behalten dürfe).

5. Frage: Kann der Besteller den Werklohn zurück verlangen? BGH NJW 2015, 2406 (dazu *Jäsch* JuS 2015, 1038) verneint wegen § 817 Satz 2 BGB einen Anspruch des Bestellers aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB.

Fazit: § 817 Satz 2 BGB schließt sowohl die Rückforderung der Leistung (als Wertersatz) als auch des Werklohns aus. Schwarzarbeit bei Werkleistungen steht damit auch zivilrechtlich außerhalb der Rechtsordnung.

Thema: **Sittenwidriges Darlehen**. § 817 Satz 2 BGB steht der Rückforderung der Darlehensvaluta nicht dauerhaft entgegen. **192**

Ein Wucherdarlehen nach § 138 Abs. 2 BGB ist häufig nicht gegeben, da der Darlehensnehmer oft in keiner „Zwangslage" steckt; aber der Darlehensvertrag kann dann nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein.

Frage: Wann ist ein Darlehensvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig? BGHZ 110, 336, 338 ff: Erforderlich ist ein „auffälliges Missverhältnis" zwischen dem Wert der Kapitalüberlassung (Marktzins) und dem vereinbarten Zinssatz. Es wird bejaht, wenn der Vertragszins den marktüblichen Effektivzins relativ um 100% übersteigt oder absolut um 12 Prozentpunkte. Dies ist freilich ein „Richtwert"! Werden diese Zahlen nicht erreicht, kann aufgrund der Gesamtwürdigung aller Umstände trotz niedrigerer Zinssätze Sittenwidrigkeit bejaht werden; dabei sind auch den Kunden belastende AGB mit in die Bewertung einzubeziehen.

Die Rückabwicklung des nichtigen Darlehensvertrags gestaltet sich wie folgt (dazu zusammenfassend und lesenswert *Bodenbenner*, JuS 2001, 1172.) **193**

- Anspruchsgrundlage des Darlehensgebers ist § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB.
- § 817 Satz 2 BGB schliesst die Rückforderung der Darlehenssumme nicht auf Dauer aus. Vielmehr muss der Darlehensgeber die Valuta dem Darlehensnehmer nur für den vereinbarten Zeitraum belassen. Das Darlehen ist in der vereinbarten Zeitfolge zurückzuzahlen. – War keine feste Laufzeit vereinbart, so kommt es darauf an, zu welchem Zeitpunkt zum ersten Mal gekündigt werden konnte.
- Es besteht kein Anspruch auf Zinsen; nicht aus Vertrag, der nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist; auch nicht (als „marktüblicher Zins") aus § 818 Abs. 1 Fall 1 BGB, der durch § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen wird. – A. A. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn 700, die den Strafcharakter der Vorschrift für verfehlt halten und die Bestimmung restriktiv auslegen.

Zu einem weiteren Anwendungsfall von § 817 Satz 2, insbes. 2. HS → unten Fall „Titelkauf", S. 106.

Nach BGH NJW 2006, 45 („Schenkkreis") können der Kondiktionssperre nach § 817 Satz 2 BGB ausnahmsweise der Grund und der Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion gemäß § 138 Abs. 1 BGB entgegenstehen. **194**

Bei „Schenkkreisen" handelt es sich um hierarchisch aufgebaute Schneeballsysteme. Die Teilnehmer der letzten Stufe erbringen Zahlungen an die Teilnehmer der ersten Stufe. Die Zahlenden rücken eine Stufe vor und müssen neue Teilnehmer auf der Stufe unter ihnen anwerben. Nur die Initiatoren erzielen sichere Gewinne. Die Teilnehmer unterer Stufen haben keine realistische Chance auf einen Gewinn, sondern verlieren ihren Einsatz zwangsläufig.

Mit der Klage forderten neue „Mitschenker" den an oben stehende Teilnehmer erbrachten Betrag zurück. Schenker und Beschenkte handelten sittenwidrig. Der BGH wendetet § 817 Satz 2 BGB gleichwohl nicht an, um den sittenwidrigen

Zustand nicht zu perpetuieren. Ein Rückforderungsausschluss würde das „Spiel“ in keiner Weise unterbinden, sondern wegen der praktizierten Vorleistung faktisch „legalisieren“ und die Initiatoren solcher „Spiele“ zum Weitermachen geradezu einladen.

Zu Schenkkreis und Restitutionssperre des § 817 Satz 2 BGB: *Schmidt-Recla*, JZ 2008, 60-67.

B. Besitz und Besitzschutz

I. Begriff 29
II. Funktionen des Besitzes (Überblick) 29
III. Besitzarten 29
1. Unmittelbarer Besitz 29
2. Mittelbarer Besitz 30
3. Eigen- und Fremdbesitz 31
4. Teil- und Mitbesitz 31
5. Besitz bei juristischen Personen 31
6. Erbenbesitz 31
7. Besitzdiener 32
IV. Besitzschutz 32
1. Verbotene Eigenmacht 32
2. Selbsthilferecht 33
3. Besitzschutzansprüche 33
4. Possessorischer Besitzschutz und Widerklage 34
5. Petitorische Ansprüche 34
a) § 823 BGB 34
b) § 812 BGB 34
c) § 1007 BGB 34

Literatur (zu Grundlagen und Systematik): *Röthel/Sparmann*, Besitz und Besitzrechtsschutz, Jura 2005, 456; *Lorenz*, Privates Abschleppen - Besitzschutz oder Abzocke, NJW 2009, 1025.

Fallbearbeitung: Teil II: Fall 9, S. 77; Teil III: Fälle „Der vergessliche Student“, „ Fahrraddiebstahl“, „Streit in der Familie“, etc., S. 124 ff; Musielak, (Original-)Referendar-examensklausur – Bürgerliches Recht: Probleme des Verwendungsersatzes, JuS 2006, 50.

Übersichten zum Besitz und Besitzschutz, S. 136 f.

I. Begriff

Besitz ist nach § 854 BGB die **tatsächliche Gewalt** über eine Sache, die zu trennen ist von der **rechtlichen Herrschaft** aufgrund des Eigentums. Beides kann auseinander fallen, etwa bei Diebstahl, Vermietung. **195**

Gegenstand des Besitzes sind nur **Sachen** im Sinne des § 90 BGB und **Tiere** gemäß § 90a Satz 3 BGB. Rechtsbesitz kennt das BGB nicht.

II. Funktionen des Besitzes (Überblick)

Übersicht dazu auch im Teil III, S. 136. **196**

Der Besitz hat mehrere **Funktionen**:

- **Schutzfunktion**: Besitz gibt ein Selbsthilferecht nach § 859 BGB, ferner Herausgabe- und Unterlassungsansprüche bei verbotener Eigenmacht, §§ 861 f. BGB.
- **Publizitätsfunktion** bei §§ 929 ff. BGB und anderen Verfügungstatbeständen bei beweglichen Sachen knüpft an den Besitz an.
- Besitz ist **Vermutungsbasis** bei beweglichen Sachen nach § 1006 BGB.
- **Erhaltungsfunktion**; Besitz „verdinglicht“ obligatorische Rechte, etwa bei § 566 BGB (§ 571 BGB a.F.) und bei § 986 Abs. 2 BGB (Sukzessionsschutz); Erhaltungsfunktion ferner bei § 268 Abs. 1 Satz 2 BGB, auch die Ersitzung kann man hierzu zählen, §§ 937 ff. BGB.
- **Privilegierung** des redlichen Besitzers im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.
- Besitz kann **haftungsbegründend** wirken, beispielsweise § 836 BGB / Gebäudebesitzer.

III. Besitzarten

Übersicht zu den verschiedenen Besitzarten: Teil III, S. 137.

1. Unmittelbarer Besitz

Merkmale des Besitzes sind Sachherrschaft und Besitzwille. **Sachherrschaft** ist die *tatsächliche* Gewalt über die Sache. Sie entsteht nach § 854 BGB und wird beendet nach § 856 Abs. 1 BGB; erforderlich ist ein Besitzbeendigungstatbestand. **197**

Ob jemand Gewalt über eine Sache erlangt, hängt nach BGHZ 101, 186 von der **Verkehrsanschauung**, d. h. von der zusammenfassenden Wertung aller Umstände des jeweiligen Falles entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens ab.

→ dazu unten Fall „Vergesslicher Student“ S. 124 ff.

Für den **Besitzerwerb** genügt ein **natürlicher Wille**; auch ein Kind kann Besitz erwerben; beim beschränkt Geschäftsfähigen kommt es nicht auf die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter an (häufig sind Kinder aber nur Besitzdiener, § 855 BGB). Die Vorschriften über die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) und die Anfechtung von Willenserklärungen (§§ 119 ff. BGB) sind *nicht* anwendbar. **198**

199

Bei abgeleitetem und originärem Besitzerwerb genügt ein **genereller Willen,** d.h. ein Besitzwille, der nicht auf bestimmte Sachen gerichtet sein muss. *Beispiel:* BGHZ 101, 186: Der Inhaber eines Lebensmittelgeschäfts habe den generellen Willen, einen von einem Kunden verlorenen Geldschein in Besitz zu nehmen.

Vielfach ist der generelle Besitzwille eine Fiktion (eher mutmaßlicher Wille); § 867 BGB liegt jedenfalls die Wertung zugrunde, dass kein genereller Wille bestehe, alle sich auf dem im Besitz befindlichen Grundstück liegenden beweglichen Sachen in Besitz zu nehmen.

200 Auch die **Übertragung** des Besitzes setzt einen **natürlichen Willen** voraus; der Erwerb des Besitzes einen Erwerbswillen. Nur § 854 Abs. 2 BGB kennt den Erwerb des Besitzes durch *Rechtsgeschäft*.

201 Der **Besitzverlust** (§ 856 Abs. 1 BGB) tritt ein unabhängig vom Willen des Besitzers. Wer bestohlen wird, verliert den Besitz.

> *Beachte:* Anders für die Frage des Abhandenkommens bei § 935 BGB, wo es auf den Willen ankommt. Sachen, die vom Eigentümer willentlich weiter gegeben werden, sind nicht abhanden gekommen.

Beachte die Klarstellung in **§ 856 Abs. 2 BGB**: Ein Bauer verliert nicht den Besitz am Pflug auf dem Feld, den er dort über Nacht stehen lässt; der Besitz an der Wohnung bleibt trotz Vorlesungsbesuch oder Urlaubsreise unberührt.

→ dazu unten Fall „Vergesslicher Student“ S. 124 ff.

2. Mittelbarer Besitz

202 Der mittelbare Besitz ist definiert in § 868 BGB: Voraussetzung ist ein Rechtsverhältnis, nach dem der unmittelbare Besitzer auf Zeit zum Besitz berechtigt ist. Dieses Rechtsverhältnis wird **Besitzmittlungsverhältnis** („Besitzkonstitut“) genannt. Als Beispiele sind in § 868 BGB Miete und Pacht aufgeführt sowie dingliche Rechtspositionen, die auf Zeit zum Besitz berechtigen, wie das Pfandrecht und der Nießbrauch.

> *Hinweis*: „Gewahrsam“ bei § 808 ZPO als formelle Voraussetzung der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher meint nur den unmittelbaren Besitz.

203 **Bedeutung** des mittelbaren Besitzes:

- Rechtsfolge § 868 BGB: „Auch der andere“ ist „mittelbarer“ Besitzer; dh „zwei Besitzer“ (Unter- und Oberbesitzer)
- Der mittelbare Besitzer kann die Besitzschutzansprüche geltend machen (§ 869 BGB)
- Der mittelbare Besitzer geniesst als Eigenbesitzer die Eigentumsvermutung nach § 1006 Abs. 3 BGB
- Er ist passiv legitimiert bei der Herausgabeklage nach § 985 BGB; Übertragung nach § 870 BGB
- Schließlich knüpfen die Eigentumsübertragungstatbestände der §§ 930, 931 BGB an ein Besitzmittlungsverhältnis an.

204 **Besitzmittlungsverhältnis**: Wesentliches Merkmal ist ein **Herausgabeanspruch** (arg.: „auf Zeit“) des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer. Das Besitzmittlungsverhältnis kann beruhen auf

- Gesetz; *Beispiel*: Geschäftsführung ohne Auftrag (Geschäftsherr ist mittelbarer Besitzer)
- Vertrag; *Beispiel*: Herausgabeanspruch des Vermieters, Verleihers, Verpächters, Leasinggebers, Vorbehaltsverkäufers (§ 449 BGB).
- Hoheitsakt; *Beispiel*: bei der Pfändung einer Sache durch den Gerichtsvollzieher.

205 Nach der Rechtsprechung ist auch die Ehe ein Besitzmittlungsverhältnis, obwohl sie nicht auf Zeit geschlossen wird.

206 Ein Besitzmittlungsverhältnis kann auch **im voraus** vereinbart werden, sog. „antizipiertes“ Besitzmittlungsverhältnis.

> *Beispiel*: Der Leasinggegenstand wird vereinbarungsgemäß vom Hersteller unmittelbar an den Leasingnehmer ausgeliefert. Der Leasinggeber ist (mittelbarer) Besitzer.

207 **Nicht** erforderlich ist ein rechtlich **wirksames Rechtsmittlungsverhältnis**. Begründet wird dies mit § 868 BGB, der darauf abstellt, dass jemand „*als*“ Nießbraucher usw. besitzt. Deshalb entsteht Besitz, wenn die Sache aufgrund eines nichtigen Mietvertrages übergeben wird. Ein **Herausgabeanspruch** muss aber nach h. M. wirklich **bestehen**; im *Beispiel* § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB.

208 Für ein Besitzmittlungsverhältnis verlangt man ein **konkretes Verhältnis**, wobei aber ein Vertragstyp des BGB nicht verlangt wird; es genügt ein Sicherungsvertrag, in dem die Rechte und Pflichten der Parteien festgelegt sind.

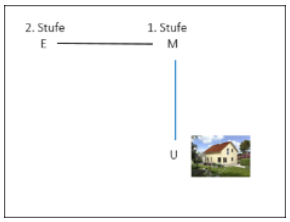
> Ein **Verschaffungsanspruch** genügt **nicht**: Der Käufer wird allein durch den Abschluss des Kaufvertrags *nicht* mittelbarer Besitzer.

209 **Beendigung des mittelbaren Besitzes:**

Der mittelbare Besitz endet in zwei Fällen:

- Verlust des unmittelbaren Besitzes durch den Besitzer; damit verliert auch der mittelbare Besitzer den Besitz.
- Ein nach aussen erkennbarer Willensentschluss des unmittelbaren Besitzers, den Oberbesitz des bisherigen mittelbaren Besitzers nicht mehr anzuerkennen. Die Kenntnis des mittelbaren Besitzers davon ist nicht erforderlich. *Beispiel*: Eintragung des Namens in ein geliehenes Buch.

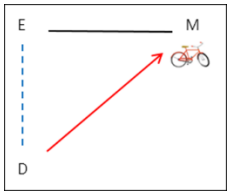
210 **Gestufter mittelbarer Besitz:**



Ein mehrfach gestufter mittelbarer Besitz ist in § 871 BGB anerkannt; wenn der mittelbare Besitzer seinerseits einem Dritten den Besitz mittelt, ist *auch* der Dritte mittelbarer Besitzer. Man spricht vin einer Besitzrechtskette.

Beispiel Untermiete: Der Untermieter ist unmittelbarer Fremdbesitzer, der Mieter ist mittelbarer Fremdbesitzer erster Stufe, der Vermieter ist mittelbarer Eigenbesitzer (872 BGB) zweiter Stufe.

Beispiel: Ein Vermieter V übereignet eine bewegliche Sache im Besitz des Mieters M nach § 930 BGB an E.



Die **Übertragung** des mittelbaren Besitzes erfolgt nach § 870 BGB durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Der unmittelbare Besitzer muss von der Übertragung nichts erfahren. **211**

Hinweis: Der Erwerb des *Eigentums* nach §§ 929, 931 BGB setzt neben der dinglichen Einigung den Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs voraus.

3. Eigen- und Fremdbesitz

Eigenbesitz ist geregelt in § 872 BGB. Es kommt nicht darauf an, ob ein Eigenbesitzer wirklich Eigentümer ist. Der Dieb kann Eigenbesitzer sein. Wer nicht als Eigentümer besitzt, ist Fremdbesitzer, beispielsweise der Mieter einer Sache. **212**

Bedeutung: Die Vermutung nach § 1006 BGB gilt nur für den Eigenbesitzer; bei §§ 929 ff. BGB muss der Erwerber Eigenbesitz erwerben. Nur der (gutgläubige) Eigenbesitzer kann eine Sache gemäß § 937 BGB ersitzen. Nur der Eigenbesitzer eines Grundstücks haftet bei Gebäudeeinsturz usw. nach § 839 BGB (s. § 839 Abs. 3 BGB), nicht ein Mieter (Fremdbesitzer).

4. Teil- und Mitbesitz

Teilbesitz: Jeder besitzt einen Teil der Sache, § 865 BGB. Im Gegensatz zu Rechten, die sich auf alle wesentlichen Bestandteile einer Sache erstrecken (§ 93 BGB), können an einer Sache mehrere Personen **Teilbesitz** haben (§ 865 BGB). **213**

Beispiel: An einem Grundstück kann es nur einen Eigentümer (oder Miteigentümer) geben, nicht aber Teileigentümer (anders bzgl. Wohnungen nach WEG); Teil*besitz* kann aber an jeder Sache bestehen, etwa die Mieter in einem Mehrfamilienhaus hinsichtlich ihrer jeweiligen Wohnung.

Jeder Teilbesitzer geniesst Besitzschutz für seinen Teilbesitz.

Mitbesitz: Alle besitzen die ganze Sache gemeinschaftlich, § 866 BGB. Im „Innenverhältnis“ entfällt der Besitzschutz, es sei denn, ein Mitbesitzer entzieht dem anderen vollständig den Mitbesitz. Im Außenverhältnis gegenüber Dritten ist der Besitzschutz bei Mitbesitz vollständig; der Anspruch nach § 861 BGB geht auf Wiedereinräumung des Mitbesitzes. **214**

→ dazu Fall „Streit in der Familie“ S. 128 ff.

Zur Bedeutung des Mitbesitzes bei § 1206 BGB → im einzelnen LEO BGB V (Kreditsicherheiten).

5. Besitz bei juristischen Personen: Organbesitz

Die Innehabung einer Sache durch ein Organ (Geschäftsführer der GmbH; Vorstand des Vereins) begründet Besitz der juristischen Person (BGH NJW 2004, 217, 219). Man spricht von **Organbesitz**. Organbesitz ist eine Zurechnungsnorm. **215**

Die Person, welche die Organstellung innehat, ist weder Besitzer noch Besitzdiener. Dennoch kann sie die Selbsthilferechte nach § 859 BGB ausüben, aber nur für die juristische Person. Darin liegt eine Ausprägung der allgemeinen Organtheorie.

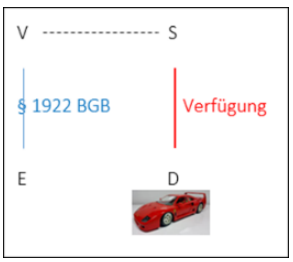
Endet die Organstellung (der Geschäftsführung legt sein „Amt“ nieder), entfällt auch der Organbesitz. Der frühere Organwalter kann dann Eigenbesitzer sein oder – wenn er weiterhin für die juristische Person besitzt – Fremdbesitzer.

6. Erbenbesitz

Nach **§ 857 BGB** geht der Besitz des Erblassers mit dem Tode des Erblassers ohne weiteres auf die Erben über. Auf deren tatsächliche Sachherrschaft kommt es nicht an. Auch nicht auf Willen oder Wissen des/der Erben. **216**

Bedeutung: § 857 BGB dient dem Schutz des Erben:

- Nimmt ein Dritter die Erbschaft in Besitz, begeht er gegenüber dem Erben verbotene Eigenmacht. Der Erbe kann nach § 861 BGB Herausgabe verlangen.
- Wegen § 857 BGB sind bewegliche Sachen dem Erben abhanden gekommen (§ 935 Abs. 1 BGB), wenn der Scheinerbe darüber verfügt; die Verfügung ist daher unwirksam.



Beachte: Wenn der Scheinerbe einen Erbschein hat, ist ein **redlicher Erwerb nach § 2366 BGB** möglich. **217**

Beispiel: Vater V verstirbt. Sohn S veräußert das Auto des Vaters an den D. Später wird ein Testament gefunden, wonach E Erbe ist. – Hat S *keinen* Erbschein, wird D nicht Eigentümer, selbst wenn er redlich ist, denn das Auto war dem E nach §§ 935, 857 BGB abhanden gekommen.

Redlicher Erwerb des D findet nur dann statt, wenn S einen Erbschein hatte, §§ 929, 2366 BGB; aufgrund des öffentlichen Glaubens des Erbscheins ist der Erbscheinserbe als wirklicher Erbe anzusehen.

7. Besitzdiener

218 Wer in einem „sozialen Abhängigkeitsverhältnis“ *hinsichtlich der Sache* weisungsunterworfen ist, ist nicht Besitzer, sondern nach **§ 855 BGB** nur Besitzdiener. Wichtige Fälle sind Arbeitnehmer und jüngere Kinder.

Erwirbt der Besitzdiener die Sachgewalt, wird unmittelbar der Besitz*herr* Besitzer („nur“). Die tatsächliche Sachherrschaft wird dem Besitzherrn zugerechnet („Wirkungsverlagerung“). Wichtig ist das beim Eigentumserwerb nach § 929 BGB, wenn die Übergabe an einen weisungsabhängigen Arbeitnehmer des Erwerbers erfolgt; hier erwirbt der Arbeitgeber unmittelbaren Besitz und Eigentum.

Da der Besitzdiener nicht Besitzer ist, stehen ihm die **Besitzschutzansprüche** (§§ 861/862 BGB) **nicht** zu (sondern dem Besitzherrn); er darf aber das **Selbsthilferecht** ausüben (§ 860 BGB).

219 Der Besitz des Besitzherrn **endet**, wenn der Besitzdiener die Gewalt über die Sache aufgibt.

220 Eignet sich der Besitzdiener die Sache eigenmächtig zu (Unterschlagung!), verliert der Besitzherr den Besitz. Es liegt verbotene Eigenmacht des Besitzdieners vor. Zudem scheidet nach hM (RGZ 71, 248, 253; grundsätzlich auch BGH NJW 2014, 1524, Rn. 9) ein redlicher Erwerb vom vormaligen Besitzdiener als Nichtberechtigten nach §§ 929, 932 BGB aus, weil die Sache iSd § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB **abhanden gekommen** ist.

> Wichtig ist daher die Abgrenzung zum mittelbaren Besitz: Ist der Verfügende nicht nur Besitzdiener, sondern mittelt er dem Eigentümer den Besitz, ist die Sache dem Eigentümer als nur mittelbarem Besitzer (!) *nicht* abhanden gekommen (vgl. auch § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB [wird oft übersehen]). Die (hier „streitentscheide“) Abgrenzung von Besitzdiener und mittelbarem Besitzer bereitet zuweilen Schwierigkeiten (dazu BGH NJW 2014, 1524, Rn 10 ff. mit dem Hinweis, dass allein seine Weisungsabhängigkeit jemanden noch nicht zum Besitzdiener macht, denn auch Beauftragte und Werkunternehmer sind weisungsabhängig).
>
> Eine im Vordringen befindliche Auffassung will auch beim Erwerb vom Besitzdiener Abhandenkommen verneinen: Der Alteigentümer ist das in der Person des Besitzdieners liegende Loyalitätsrisiko bewusst eingegangen und muss daher dessen Folgen tragen. Ob das Anvertrauen des Besitzes auf einem Arbeitsverhältnis beruht (Besitzdiener) oder auf einem Verwahrungsvertrag (Besitzmittler), könne für die Risikoentscheidung in § 935 Abs. 1 BGB keinen Unterschied machen (MünchKommBGB/*Oechsler*, § 935, Rn. 10).

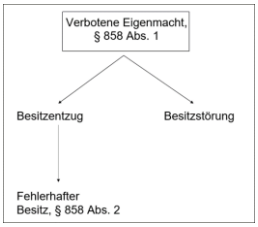
IV. Besitzschutz

221 Übersicht: Besitzschutz meint folgende Rechte:

- §§ 859/860 BGB: Selbsthilferechte des Besitzers und Besitzdieners; Ausnahmen vom staatlichen Gewaltmonopol!
- §§ 861/862 BGB: Ansprüche bei Besitzentziehung und -störung.

In §§ 859, 861, 862 BGB wird jeweils „verbotene Eigenmacht“ vorausgesetzt. Diese soll daher vorab behandelt werden.

1. Verbotene Eigenmacht



222 Verbotene Eigenmacht ist eine rechtswidrige Handlung. Die Voraussetzungen finden sich in § 858 Abs. 1 BGB. **Besitzentziehung** ist Verlust der gesamten Sachherrschaft. Verlust des Erbenbesitzes nach § 857 BGB genügt.

> *Beispiele:* Diebstahl. – Nach Ablauf des Mietverhältnisses beginnt der Vermieter, das vermietete Gebäude abzureissen.

223 **Besitzstörung** erfolgt insbesondere durch Lärm und andere Immissionen (insofern entspricht § 858 Abs. 1 BGB dem § 1004 BGB; beim Besitzschutz kommt es aber auf Rechte an der Sache nicht an).

224 Voraussetzung ist „ohne“ den Willen des Besitzers: maßgeblich ist der **natürliche Wille** (Einverständnis) des Besitzers. Verbotene Eigenmacht setzt *kein Verschulden voraus.*

225 Keine verbotene Eigenmacht begehen Eltern, die in Ausübung der elterlichen Sorge (§§ 1626 ff. BGB) ihren Kindern Spielzeug wegnehmen, denn das Kind ist nur Besitzdiener.

→ Fall „Huckebeins umstrittenes Begräbnis“ S. 130

Anders aber bei den Vermögensverwaltern:

> *Beispiel*: Der Testamentsvollstrecker (vgl. § 2205 Satz 2 Fall 1 BGB) kann nicht einfach die Erbschaft in Besitz nehmen, sondern muss ggf. auf Herausgabe klagen und vollstrecken, wenn die Erben den Nachlass nicht heraus geben wollen; andernfalls begeht er verbotene Eigenmacht. – Für den Insolvenzverwalter ist der Eröffnungsbeschluss Vollstreckungstitel, § 148 InsO.

226 **Rechtsfolgen verbotener Eigenmacht**: §§ 859, 861 Abs. 1 BGB; Selbsthilferechte (Besitzkehr) und Ansprüche wegen Besitzentziehung.

227 **Fehlerhafter Besitz:** Der durch die Besitzentziehung erlangte Besitz er ist **„fehlerhaft“** (§ 858 Abs. 2 BGB). Wer fehlerhaft besitzt, ist im Besitzschutzprozess nach § 861 BGB passiv legitimiert und kann auf Widereinräumung des Besitzes (Herausgabe) in Anspruch genommen werden.

228 Der **Nachfolger** im Besitz muss die Fehlerhaftigkeit gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe ist oder wenn er die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt (§ 858 Abs. 2 Satz 2 BGB). *Folge*: Selbsthilferechte (Besitzkehr) und Ansprüche wegen Besitzentziehung (§ 861 BGB) bestehen auch gegen den Gewahrsamsnachfolger.

2. Selbsthilferecht

Besitzwehr: § 859 Abs. 1 BGB: Besonderer Fall der Notwehr (§ 227 Abs. 1 BGB). **229**

Besitzkehr: § 859 Abs. 2 und Abs. 3 BGB: Geht über Notwehr hinaus: der frühere Besitzer geht zum Gegenangriff über („Wiederbemächtigungsrecht"). Besitzwehr und -kehr haben als Rechtfertigungsgrund Bedeutung. Sie sind Ausnahmen vom Selbsthilfeverbot. **230**

> *Beachte*: Auch dem Eigentümer gegenüber kann sich der **Dieb** auf § 859 Abs. 1 BGB berufen; der Dieb handelt also rechtmäßig, wenn er sich gegen die Wegnahme durch den Eigentümer wehrt. Auch der (vermeintliche!) Eigentümer muss den Rechtsweg beschreiten. Anders nur, wenn der Besitzer (der Eigentümer sein kann) seinerseits dem auf frischer Tat betroffenen Dieb die Sache abnimmt (§ 859 Abs. 2 BGB).

In der Praxis spielen Fälle des **Parkens auf fremdem Grundstück** eine Rolle (dazu *Pflichtlektüre* BGH NJW 2009, 2530, auch zu bereicherungsrechtlichen Fragen der Rückforderung der bezahlten Abschleppkosten). **231**

> → auch den Fall „Freche Parker" S. 128.

Grundsätzlich liegt im Parken auf fremdem Grundstück eine teilweise Besitzentziehung (BGH NJW 2009, 2530, Rn. 13, lässt offen, ob Besitzstörung oder Teilentziehung). Entfernt der (frühere) Besitzer des Parkplatzes den Pkw des Falschparkers (er lässt ihn abschleppen), stellt sich die Frage, ob der darin liegende Eigentumseingriff nach § 859 Abs. 3 BGB gerechtfertigt ist. Danach muss die Besitzkehr „sofort" erfolgen. Das meint *nicht* unverzüglich. Zur Dauer LG Frankfurt/M NJW 1984, 183: Vier Stunden nach Falschparken sind noch „sofort"; der Motor müsse nicht mehr warm sein. **232**

Der Besitzer des Parkplatzes kann die Kosten des Abschleppens (Kosten der Selbsthilfe) nach §§ 823 Abs. 2, 858 Abs. 1 BGB als Schadensersatz ersetzt verlangen; § 858 BGB ist Schutzgesetz (BGH NJW 2009, 2530, Rn. 15); beachte: BGH NJW 2016, 2407 gibt einen Aufwendungsersatzanspruch nach GoA (zu GoA in diesen Konstallationen → auch Fall 17). In der *Klausur* sind beide Anspruchsgrundlagen zu bearbeiten. **233**

Weiteres *Problem*: **„Zuparken" einer Einfahrt**, so dass der Besitzer nicht mehr herausfahren kann. § 861 BGB entfällt, weil Besitz am Pkw/Grundstück nicht entzogen ist; aber § 862 BGB ist gegeben, weil eine Besitzstörung vorliegt, und zwar sowohl hinsichtlich des Pkw als auch hinsichtlich des Grundstücks. **234**

> → dazu auch Fall „Leidige Parkprobleme" S. 161 (insbes. GoA).

Der mittelbare Besitzer hat nach hM **kein** eigenes **Selbsthilferecht**, § 869 BGB verweist nicht auf § 859 BGB (str.). **235**

> *Beispiel*: Der Vermieter eines Fahrrads, der sieht, wie ein Dieb den Mieter bestehlen will, kann sich nicht auf § 859 Abs. 1 BGB berufen; wohl aber ggf. auf Nothilfe, § 227 BGB.

Bei Besitzdienerschaft gilt § 860 BGB.

3. Besitzschutzansprüche

§ 861 Abs. 1 BGB gibt einen Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes gegenüber demjenigen, der fehlerhaft besitzt. § 862 BGB normiert einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch bei Besitzstörung. **236**

Gläubiger der Ansprüche ist der bisherige unmittelbare (oder mittelbare, § 869 BGB) Besitzer, nicht der Besitzdiener. Grundlage ist allein der Besitz, *nicht* ein *Recht* zum Besitz. Zur Herausgabe nach § 861 BGB verpflichtet ist derjenige, der fehlerhaft besitzt.

Wichtig: Gegenüber den Besitzschutzansprüchen nach §§ 861, 862 BGB kann sich der Gegner **nicht** auf ein **Recht zum Besitz** berufen, **§ 863 BGB**. **237**

> *Beispiel:* Eigentümer E hat ein Fahrrad an M vermietet, verweigert aber die Übergabe, obgleich M den Mietzins im voraus bezahlt hat. M nimmt das Fahrrad dem E weg. M muss das Fahrrad nach § 861 BGB zurückgeben, obgleich er aus dem Mietvertrag ein Recht zum Besitz hat.
>
> → dazu Fall „Fahrraddiebstahl" S. 127 und „Streit um das Auto" S. 126.

Gegenüber dem Anspruch aus § 985 BGB kann sich M auf ein Recht zum Besitz nach § 986 BGB berufen; nicht aber gegenüber dem Herausgabeanspruch aus § 861 BGB, weil das nach § 863 BGB ausgeschlossen ist; im *Beispiel* muss M also das Fahrrad an E heraus geben.

Hinter diesem Konzept steht die Funktion der Besitzschutzansprüche: Der Besitzschutzanspruch dient dem **Rechtsfrieden**. Grundsätzlich darf niemand sein Recht nicht eigenmächtig durchsetzen. Wegen § 863 BGB entfällt jeder Anreiz, Sachen auf eigene Faust wegzunehmen, weil Rückgewähransprüche allein wegen der Wegnahme bestehen.

§ 863 BGB gilt auch dann, wenn der Eigentümer dem Dieb die Sache wegnimmt. – Möglich ist aber ein Ausschluss des Herausgabeanspruchs nach § 861 Abs. 2 BGB, wenn der Eigentümer sich die Sache innerhalb eines Jahres wiederholt. **238**

> *Beachte*: Der Dieb darf aber dem ihm die Sache wieder wegnehmenden Eigentümer gegenüber Selbsthilfe wegen verbotener Eigenmacht üben, §§ 859 Abs. 1, 858 BGB.

Die Einschränkung nach § 863 Halbsatz 2 BGB („... nicht verbotene Eigenmacht sei") gilt bei **Selbsthilferechten**. **239**

> *Beispiel*: Der Mieter hat den Mietzins nicht vollauf entrichtet und zieht aus der gemieteten Wohnung aus. Der Vermieter nimmt die Sachen des Mieters an sich. Dies „gestattet" § 562b Abs. 1 Satz 2 BGB. Folglich begeht der Vermieter keine verbotene Eigenmacht nach § 858 Abs. 1 BGB und kann sich darauf auch nach § 863 Halbsatz 2 BGB berufen.

Daher Vorsicht in der Klausur bei Besitzschutzansprüchen!; sorgfältig prüfen, ob eine Einwendung, die erhoben wird, überhaupt statthaft ist.

> → dazu Fälle „Streit in der Familie" S. 128 und „Streit unter Nachbarn" S. 129.

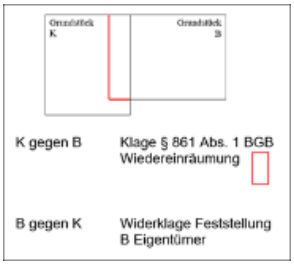
240

Der Besitzschutzprozess geht schnell, weil es nach § 863 BGB auf ein Recht zum Besitz nicht ankommt. Die Durchsetzung der Besitzschutzansprüche erfolgt nach §§ 935 ff. ZPO durch einstweilige Verfügung.

Nach § 864 Abs. 1 BGB **erlöschen** die Besitzschutzansprüche der §§ 861 f. BGB ein Jahr nach Vornahme der verbotenen Eigenmacht; da der Besitzer ein Jahr nichts unternimmt, scheint er es nicht so eilig zu haben. Erlöschen tritt auch ein, wenn rechtskräftig festgestellt wiurd, dass dem Täter ein Recht an der Sache zur Vornahme der Besitzentziehung oder -störung zusteht, § 864 Abs. 2 BGB.

4. Possessorischer Besitzschutz und Widerklage

241 Nach BGHZ 53, 166 kann sich der fehlerhaft besitzende Beklagte gegenüber der Klage zwar *nicht* mit einem *Recht zum Besitz verteidigen* (das ergibt sich aus § 863 BGB), aber seinerseits *Widerklage* erheben gestützt auf ein Recht zum Besitz.



Beispiel: K klagt auf Wiedereinräumung des Besitzes gegen den Nachbarn B nach § 861 Abs. 1 BGB, weil B ein bislang im Besitz des K befindliches Grundstücksteil mit einem Zaun umfasst hat. B kann nicht einwenden, er sei Eigentümer des Grundstücks (§ 863 BGB), wohl aber Widerklage erheben, festzustellen, dass er Eigentümer sei.

→ dazu im Teil III den Fall „Streit in der Familie“ S. 128.

Folge: Ist die Feststellungs-Widerklage entscheidungsreif zugunsten des B, soll die Besitzschutzklage abgewiesen werden können. Das wird auf § 864 Abs. 2 BGB gestützt, der aber ein *rechtskräftiges* Urteil voraussetzt. Wird damit § 863 BGB unterlaufen?

242 BGHZ 53, 166, 169 führt dazu aus:

> „§ 863 BGB will dem Besitzer die rasche Wiederherstellung seines durch verbotene Eigenmacht oder durch Besitzstörung beeinträchtigten Besitzstandes ermöglichen. Die gerichtliche Durchsetzung der Besitzschutzansprüche soll deshalb nicht dadurch verzögert werden können, dass zunächst über ein vom Beklagten geltend gemachtes Recht zum Besitz oder zur Besitzstörung verhandelt und in einem möglicherweise langwierigen Verfahren Beweis erhoben wird, soweit es dabei nicht um den Ausschluss der verbotenen Eigenmacht geht ... . Dem Anspruchsgegner ist es aber nicht verwehrt, sein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlungen seinerseits uneingeschränkt klageweise geltend zu machen. Dass er aus einem solchen Recht keine Einwendung gegenüber dem Besitzschutzanspruch herleiten kann (§ 863 BGB), ändert daran nichts. Ist seine Klage *(hier also die Widerklage; der Verf.)* entscheidungsreif, so hat der Gegner keinen Anspruch darauf, dass die Entscheidung darüber dennoch zurückgestellt wird, solange noch nicht über seine Besitzschutzansprüche entschieden ist. Ergeht ein Feststellungsurteil des Inhalts, dass der »Störer« kraft eines ihm an der Sache zustehenden Rechts die Herstellung des seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann, und wird dieses Urteil rechtskräftig, so führt dies zum Erlöschen der Besitzschutzansprüche (§ 864 Abs. 2 BGB). Gegen die Zulassung einer entsprechenden Widerklage gegenüber Besitzschutzklagen könnten hiernach Bedenken aus Sinn und Zweck des § 863 BGB nur dann hergeleitet werden, wenn die Widerklage die Entscheidung über die Klage verzögerte. Ein solches Bedenken wird aber dadurch ausgeräumt, dass, wenn die Klage entscheidungsreif ist, das Gericht darüber durch Teilurteil zu entscheiden hat, ohne die Entscheidungsreife auch der Widerklage abwarten zu dürfen (§ 301 ZPO).

243 Nach der Lektüre sollten Sie folgende Fragen beantworten können:

- Worin besteht der Normzweck des § 863 BGB?
- Wie kann der Beklagte ein Recht zum Besitz geltend machen?
- Wie hat ein Gericht zu verfahren, wenn die Besitzschutzklage, nicht aber die Widerklage entscheidungsreif ist?

Vgl. noch BGHZ 73, 355 (lesenswert, behandelt auch Fruchterwerb und Schadensersatz bei Besitzverletzungen).

5. Petitorische Ansprüche

244 Von „petitorischen“ Besitzschutzansprüchen spricht man, wenn sich der Kläger auf ein besseres Recht zum Besitz berufen darf. Das ist beim „possessorischen“ Besitzschutz wegen § 863 BGB nicht der Fall.

a) § 823 BGB

245 Nach hM fällt der Besitz unter § 823 Abs. 1 BGB, wenn der Besitzer ein Recht zum Besitz hat, sei es dinglich, sei es obligatorisch („berechtigter Besitzer“).

Ein Problem dabei ist die Reichweite des Schadensersatzes, denn bei der Beschädigung einer Sache kann auch der Eigentümer Schadensersatz verlangen. Manche wollen dem Besitzer nur den aus *entgangenen Nutzungen* erwachsenen Schaden zuzuweisen. Substanzsschäden stehen dann dem Eigentümer zu.

b) § 812 BGB

246 Der Besitz ist als Gegenstand der Leistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB) anerkannt.

Regelmäßig entfällt jedoch die Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB); die Regeln über den Besitzschutz entfalten keinen bereicherungsrechtlich maßgeblichen Zuweisungsgehalt. Anders, wenn der Besitzer ein Recht zum Besitz aus obligatorischem oder dinglichem Recht hat, beispielsweise der Mieter oder der Pfandgläubiger. Aber auch dann gebühren ihm nur die Nutzungen.

c) § 1007 BGB

247 Zwei weitere petitorische Besitzschutzansprüche für *bewegliche* Sachen regelt § 1007 BGB. Gemeinsames Merkmal ist, dass ein früherer Besitzer vom gegenwärtigen Besitzer Herausgabe der Sache verlangen kann.

Nach **§ 1007 Abs. 1 BGB** hat der **bösgläubige Besitzer** dem früheren Besitzer die Sache herauszugeben, es sei denn, der frühere Besitzer war ebenfalls bei Besitzerwerb bösgläubig (§ 1007 Abs. 3 Satz 1 Fall 1 BGB). „Bösgläubigkeit“ bezieht sich auf den Mangel des eigenen Besitzrechts.

Gemäß **§ 1007 Abs. 2 BGB** kann der frühere Besitzer eine Sache auch von einem gutgläubigen Besitzer heraus verlangen, wenn dem früheren Besitzer die Sache – Ausnahme: Geld und Inhaberpapiere – **abhanden gekommen** ist. Abhandenkommen wiegt danach – ebenso wie bei § 935 BGB – stärker als Redlichkeit.

248 Der Anspruch nach § 1007 Abs. 1/2 BGB ist ausgeschlossen, wenn der gegenwärtige Besitzer ein **Recht zum Besitz** hat (§§ 1007 Abs. 3 Satz 2, 986 BGB) oder (etwa nach §§ 929, 932 BGB) Eigentum erworben hat. Für Schadensersatz, Nutzungen und Verwendungen verweist § 1007 Abs. 3 Satz 2 BGB auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.

249 § 1007 BGB kann mit Ansprüchen nach §§ 985, 861 BGB konkurrieren. § 1007 BGB gewinnt nur in den seltenen Fällen streitentscheidende eigenständige *Bedeutung*, in denen der die Herausgabe einer Sache fordernde (frühere) Besitzer nicht Eigentümer ist und auch kein anderes dingliches oder obligatorisches Recht zum Besitz erlangt hat, aufgrund dessen er von einem anderen Herausgabe der Sache verlangen kann und auch verbotene Eigenmacht nicht vorliegt (sonst § 861 BGB).

> *Beispiel* (nach *Gursky*): E leiht sein Buch dem B, der es an C weiterverleiht. C veräußert das Buch an den *bösgläubigen* D. Kann B von D Herausgabe verlangen?
>
> Selbstverständlich kann E das Buch von D nach § 985 BGB herausverlangen. Auch B hat ein Interesse, das Buch von D zurückzufordern, damit er E gegenüber nicht schadensersatzpflichtig wird (§§ 275, 280 Abs. 1, 283 BGB). Ein vertraglicher Anspruch steht B gegen D jedoch nicht zu, und auch ein besitzrechtlicher Herausgabeanspruch nach § 861 BGB ist nicht begründet, weil D keine verbotene Eigenmacht begangen hat. Hier kann B als früherer Besitzer sein Herausgabebegehren auf § 1007 Abs. 1 BGB stützen. D muss herausgeben, weil er bei Besitzerwerb bösgläubig war. Ein Recht zum Besitz des D besteht nicht, §§ 1007 Abs. 3 Satz 2, 986 BGB. – Wenn der Leihvertrag B/C nicht ohnehin gekündigt worden war, ist an §§ 1007 Abs. 3, 986 Abs. 1 *Satz 2* BGB zu denken (Herausgabe an C).
>
> Unterschlägt der bei B als Arbeitnehmer angestellte C das Buch und veräußert es an den *gutgläubigen* D, kann B nach § 1007 Abs. 2 BGB Herausgabe von D verlangen. Eigentum hat D wegen § 935 Abs. 1 *Satz 2* BGB nicht erworben (nimmt der Besitzdiener eine ihm vom Besitzherrn überlassene Sache an sich, ist sie abhanden gekommen, *Jauernig/Berger*, BGB, § 935, Rn. 8). Ein possessorischer Anspruch nach § 861 BGB scheidet aus, weil D bei Besitzerlangung redlich war und deshalb die Fehlerhaftigkeit des Besitzes nicht gegen sich gelten lassen muss (vgl. § 858 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 BGB). Obgleich D gutgläubig war, muss er die Sache nach § 1007 Abs. 2 BGB herausgeben, weil sie dem früheren Besitzer B abhanden gekommen war.

§ 1007 BGB kommt auch zum Schutze des Vorbehaltskäufers in Betracht, ohne dass ein Herausgabeanspruch aufgrund des Anwartschaftsrechts bemüht werden muss.

Zur Wiederholung und Vertiefung → Fall 9, S. 77.

C. Der Vindikationsanspruch nach § 985 BGB

I. Der Herausgabeanspruch 36

II. Berechtigter und Anspruchsgegner 36
1. Eigentümer und Besitzer 36
2. Mittelbarer Besitzer 36
3. Veräußerung der herauszugebenden Sache während des Vindikationsprozesses 37

III. Recht zum Besitz 37
1. Grundlagen des Rechts zum Besitz 37
2. Mittelbares Recht zum Besitz 38
3. § 986 Abs. 2 BGB 38
4. § 241a BGB 39

IV. Inhalt des Vindikationsanspruchs 39
1. Herauszugebende Sache 39
2. Geldvindikation 39
3. Abwicklung und Kosten 40
4. Anwendung schuldrechtlicher Bestimmungen, insbesondere § 285 BGB 40
5. Verjährung 40

V. Konkurrenzen 40
1. Vertragliche Rückgewähransprüche 40
2. Sonstige Ansprüche 40

Literatur (Überblick zum Einstieg): *Roth*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 2003, 937; *Schreiber*, Der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB, Jura 2005, 30; *Schmolke*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 - 1003 BGB), JA 2007, 101.

Fallbearbeitung: Teil II: Fall 10, S. 78, Fall 12, S. 79, Fall 15, S. 85; zur Prüfung der Vindikationslage auch im Teil III der Fall „Das Collier und der Fremdenlegionär", S. 130.

I. Der Herausgabeanspruch

250 Besitzentziehung und -vorenthaltung bilden gravierende Eingriffe in die dem Eigentümer nach § 903 BGB zugewiesenen Befugnisse. An der Spitze der *dinglichen* Ansprüche steht daher der Herausgabeanspruch („Vindikationsanspruch") des Eigentümers der Sache gegen den Besitzer nach § 985 BGB. Liegt „nur" eine Besitzstörung vor, ergeben sich entsprechende Ansprüche aus § 1004 BGB. § 1004 BGB ist eine Auffangvorschrift.

In der **„Dinglichkeit"** des Herausgabeanspruchs kommt die unmittelbare Beziehung des Eigentümers zur Sache zum Ausdruck. Dingliche Ansprüche berechtigen in der Insolvenz zur Aussonderung, es erfolgt also keine quotale Kürzung.

Die §§ 987 ff. BGB geben dem Eigentümer zudem *obligatorische* Ansprüche auf Schadensersatz und Herausgabe von Nutzungen.

§ 985 BGB setzt nicht voraus, dass der Eigentümer früher bereits einmal Besitzer der Sache gewesen ist (anders § 861 BGB).

251 **Anknüpfungspunkt** der Vindikation ist nicht das Verhalten des Besitzers, das zur Besitzbegründung geführt hat, sondern allein der Umstand, dass er eine fremde Sache **rechtlos in Besitz** hat. Der Dieb ist dem Anspruch aus § 985 BGB nicht unterworfen, weil er gestohlen hat, sondern weil er (rechtsgrundlos) besitzt. Anders die Besitzschutzansprüche nach § 861 BGB (→ B.IV.3): Anknüpfungspunkt ist insoweit verbotene Eigenmacht und ein dadurch begründeter fehlerhafter Besitz.

II. Berechtigter und Anspruchsgegner

1. Eigentümer und Besitzer

252 **Inhaber** des Anspruch nach § 985 BGB ist der nicht unmittelbar besitzende **Eigentümer**.

Beim Miteigentümer ist zu beachten, dass er nach § 985 BGB nur Einräumung des *Mit*besitzes verlangen kann, und zwar sowohl von anderen Miteigentümern als auch von Dritten.

> Im Rahmen des § 1011 BGB (Klage eines Miteigentümers in Prozessstandschaft!) kann jeder Miteigentümer Herausgabe an alle Miteigentümer verlangen, an sich allein nur, wenn die anderen den Besitz nicht übernehmen wollen oder können.

253 Im Falle des § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB ist an den mittelbaren Besitzer herauszugeben; dies ändert aber nichts daran, dass der Eigentümer Inhaber des Herausgabeanspruchs ist.

> Kraft Verweisung findet § 985 BGB ferner Anwendung beim Nießbrauch (§ 1065 BGB) und beim Pfandrecht (§ 1227 BGB), schliesslich beim Anwartschaftsrecht des Vorbehaltsverkäufers.

254 Der Anspruch richtet sich **gegen** jeden nicht berechtigten (gut- oder bösgläubigen) **Besitzer**, *nicht* gegen den *Besitzdiener* (§ 855 BGB; der Besitz*herr* ist passiv legitimiert). Welche Form des Besitzes beim Passivlegitimierten vorliegt, ist gleichgültig: Es kann der Eigen- oder Fremdbesitz sein, Allein- oder Mitbesitz, Teilbesitz, unmittelbarer oder (→ sogleich C.II.2) mittelbarer Besitz (→ B.III).

2. Mittelbarer Besitzer

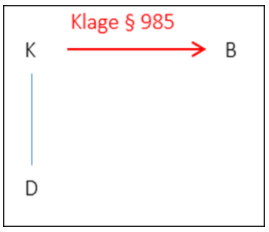
255 Der Eigentümer kann auch vom mittelbaren Besitzer Herausgabe verlangen, wie sich § 991 Abs. 1 a.E. BGB entnehmen lässt. Inhaltlich ist der Vindikationsanspruch auf Einräumung des mittelbaren Besitzes nach § 870 BGB durch Abtretung des Herausgabeanspruchs aus dem Besitzmittlungsverhältnis gerichtet.

256

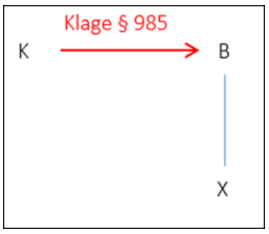
Zur Klage und Zwangsvollstreckung: Die Abtretung gilt mit der Rechtskraft eines Urteils als erklärt (§ 894 ZPO). Ein auf Verschaffung gerade des „mittelbaren" Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs lautendes Urteil ist jedoch nicht nach § 894 ZPO vollstreckbar, wenn der Schuldner die Sache vom unmittelbaren Besitzer wieder zurückerhalten hat; die Abtretung geht „ins Leere". Der Eigentümer müsste nochmals mit anderem Antrag klagen, um nach § 883 ZPO vollstrecken zu können. Um dies zu vermeiden, kann nach BGHZ 53, 29, 31 der Eigentümer auch gegen den mittelbaren Besitzer schlicht „auf Herausgabe" klagen. Dieser Klageantrag soll sowohl die Verschaffung unmittelbaren Besitzes als auch die Einräumung mittelbaren Besitzes nach § 870 BGB umfassen. Die Frage, ob der Beklagte unmittelbarer und mittelbarer Besitzer ist, wird erst in der Zwangsvollstreckung relevant: Vollstreckt wird nach § 883 ZPO, wenn der Schuldner unmittelbarer Besitzer ist, indem der Gerichtsvollzieher die Sache wegnimmt und dem Gläubiger übergibt. Hat der Schuldner die Sache einem Dritten vermietet, verliehen usw., kann nach § 886 ZPO vollstreckt werden, indem der Herausgabeanspruch des Schuldners gepfändet und dem Eigentümer zur Einziehung überwiesen wird. Eine Vollstreckung des Herausgabeurteils nach § 894 ZPO ist bei diesem Klageantrag ausgeschlossen.

3. Veräußerung der herauszugebenden Sache während des Vindikationsprozesses

a) Übereignet der **Kläger** nach Klageerhebung die Sache (§§ 873, 925 BGB; §§ 929, 930, 931 BGB), deren Herausgabe er vom Beklagten nach § 985 BGB verlangt, an einen Dritten (D), hat dies nach § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO „auf den Prozess keinen Einfluss". Der Prozess wird fortgeführt, als habe die Übereignung nicht statt gefunden; nach hM muss der Kläger den Klageantrag aber auf Leistung an den Rechtsnachfolger umstellen. Der Kläger führt den Prozess in Prozessstandschaft weiter. Der (wirkliche, nicht der vom Kläger benannte) Rechtsnachfolger ist nach § 325 Abs. 1 ZPO an die Rechtskraft des Urteils gebunden und kann die Zwangsvollstreckung betreiben, wenn er sich eine titelübertragende Vollstreckungsklausel nach §§ 727, 731 ZPO erteilen lässt. **257**



b) Überträgt der **Beklagte** den Besitz nach Klageerhebung einem Dritten (X), wird der Prozess ebenfalls nach § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO fortgeführt, ohne dass bei der Beklagtenveräußerung eine Änderung des Klageantrags verlangt wird; die Rechtslage wird so angesehen, als sei die Übertragung nicht erfolgt. Der frühere Besitzer wird zur Herausgabe verurteilt. Die Rechtskraft des Urteil wirkt nach § 325 Abs. 1 ZPO auch gegen den neuen Besitzer (X); die Klausel kann nach §§ 727, 731 ZPO gegen ihn erteilt werden. Beachte aber § 325 Abs. 2 ZPO! **258**



III. Recht zum Besitz

1. Grundlagen des Rechts zum Besitz

Der Besitzer kann die Herausgabe verweigern, wenn er dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, **§ 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB.** Ein Recht zum Besitz ist eine „Einwendung" gegen den Vindikationsanspruch. **259**

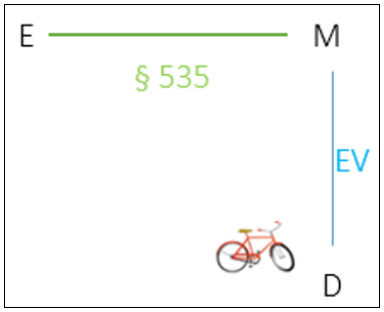
(1) Besitzrechte können aus **dinglichen Rechten** an der Sache folgen, aber nur, soweit dingliche Rechte auch den *Besitz umfassen*. Danach sind der Erbbauberechtigte (§ 1 ErbbaurechtsG), der Nießbraucher (§ 1030 BGB) und der Inhaber eines Faustpfandrechts (§ 1204 BGB) zum Besitz berechtigt, *nicht* aber der Hypothekar (§ 1113 BGB) und der Grundschuldgläubiger (§ 1191 BGB), weil *Grundpfandrechte* keine Besitzbefugnis einschliessen. **260**

> Zum gesetzlichen Werkunternehmerpfandrecht nach § 647 BGB → *Fall 10*, S. 78.

Umstritten ist, ob das **Anwartschaftsrecht** des Vorbehaltskäufers ein dingliches Recht zum Besitz begründet. **261**

Die Frage spielt im Grunde nur eine Rolle, wenn sich der Inhaber des Anwartschaftsrechts nicht auf ein Besitzrecht aus dem Kaufvertrag berufen kann, was aber regelmäßig der Fall ist. Ausnahmsweise ist ein Recht zum Besitz aus Kaufvertrag jedoch nicht gegeben, beispielsweise wenn das Anwartschaftsrecht gutgläubig erworben wurde.

> *Beispiel*: M veräußert eine von E gemietete Sache unter Eigentumsvorbehalt an den redlichen D.



BGHZ 10, 69, 71 verneint mangels gesetzlicher Grundlage die dingliche Wirkung des Anwartschaftsrechts; vielmehr gibt der **BGH** dem Besitzer die **Arglisteinrede**, denn der Eigentümer verlange etwas heraus, was er gleich wieder zurückgeben müsse. Aber: „Arglist" setzt die Pflicht zur *sofortigen* Rückgabe voraus, die während der Schwebelage bis zur Zahlung des Kaufpreises noch nicht besteht (dazu *Brehm/Berger*, Sachenrecht, Rn. 31.15). **262**

Überdies besteht ein Recht zum Besitz dann nicht, wenn der Vorbehaltskäufer nach dem Kaufvertrag auf Grund eines vertraglichen „Weitergabeverbots" nicht berechtigt ist, die Sache vor Zahlung des Kaufpreises an Dritte zu geben. Überträgt er gleichwohl sein Anwartschaftsrecht an D, scheidet ein obligatorisches Recht zum Besitz aus § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB aus; der Vorbehaltsverkäufer kann gemäß § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB Herausgabe (an den Käufer!) verlangen, es sei denn, man erkennt ein dingliches Recht zum Besitz aufgrund des Anwartschaftsrechts an. **263**

(2) Ferner können Besi tzrechte folgen aus **obligatorischen Rechtsverhältnissen**: Mieter und Pächter sind zum Besitz berechtigt, auch der Vorbehaltskäufer aus dem Kaufvertrag. **264**

> *Beispiel*: K kauft bei V einen Pkw unter Eigentumsvorbehalt, der ihm auch übergeben wird. V kann nicht Herausgabe verlangen, es sei denn, er hat und übt ein Rücktrittsrecht aus (§ 449 Abs. 2 BGB).

Das **obligatorische Besitzrechtsverhältnis** muss allerdings gerade dem **Eigentümer gegenüber** bestehen; gegenüber Dritten begründen Schuldverhältnisse als nur relative Rechte kein Recht zum Besitz. **265**

Beispiel: M mietet vom Dieb D einen Pkw. M hat nur gegenüber D ein Besitzrecht. Gegenüber dem Eigentümer E besteht kein Recht zum Besitz nach § 986 BGB, denn mit E hat M keinen Vertrag geschlossen.

Ausnahmsweise wirken obligatorische Besitzrechte auch gegenüber dem Eigentümer, obgleich sie mit einem Dritten vereinbart worden waren:

Beispiel: M mietet vom Eigentümer E ein *Hausgrundstück*. E veräußert und übereignet das Grundstück an den K nach §§ 873, 925 BGB, der von M Herausgabe verlangt. – Hier kann sich M gegenüber K (ausnahmsweise) auf ein Recht zum Besitz nach § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB berufen, denn K ist als Erwerber nach § 566 BGB in das Mietverhältnis eingetreten.

Beispiel: Mietet M von E einen *Pkw*, den E anschliessend nach §§ 929, 931 BGB an K veräußert, muss sich K nach § 986 Abs. 2 BGB ein Recht zum Besitz aus dem Mietvertrag entgegenhalten lassen.

BGH NJW 1990, 1914 wendet § 986 Abs. 2 BGB bei einer Veräußerung nach § 930 BGB analog an; der Besitzer solle unabhängig vom Veräußerungstatbestand Schutz geniessen. Auch § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB kann dem Besitzer hier uU helfen.

Kündigungsrechte des K bleiben in allen Fällen unberührt.

266 Ist der ein Recht zum Besitz begründende Vertrag **schwebend unwirksam**, besteht ein Recht zum Besitz, bis feststeht, dass die Genehmigung endgültig nicht mehr erteilt werden wird.

Beispiel: Der 12jährige M schliesst einen Kaufvertrag und bekommt die Sache vom Verkäufer V übergeben; M hat ein Recht zum Besitz, auch wenn noch keine Genehmigung nach §§ 107 f. BGB erteilt ist.

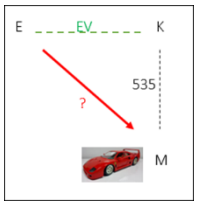
267 Ein Besitzrecht der **Ehegatten** (an der ehelichen Wohnung) folgt aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 Abs. 1 BGB); es endet bei Getrenntlebenden erst mit einer entsprechenden Entscheidung nach § 209 FamFG, nicht schon mit der Trennung. Zum Besitz berechtigt sind ferner **Vermögensverwalter**, etwa der Testamentsvollstrecker (§ 2205 Satz 2 BGB) und der Insolvenzverwalter (§ 148 Abs. 1 InsO).

268 **Kein Recht zum Besitz** folgt aus einem **Zurückbehaltungsrecht** des Besitzers gegenüber dem Eigentümer nach § 273 BGB (str.).

Unterscheide: Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts führt zur Verurteilung des Besitzers zur Herausgabe, allerdings eingeschränkt „Zug um Zug" gegen Erfüllung des Gegenanspruchs (§ 274 BGB); ein Recht zum Besitz hingegen führt bei einer auf § 985 BGB gestützten Klage ohne weiteres zur Abweisung als unbegründet.

2. Mittelbares Recht zum Besitz

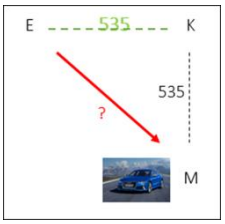
269 Gemäß **§ 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB** kann der unmittelbare Besitzer die Herausgabe der Sache an den Eigentümer verweigern, wenn der mittelbare Besitzer, von dem der unmittelbare Besitzer sein Besitzrecht ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Danach hat der unmittelbare Besitzer zwar ein eigenes Recht zum Besitz, das allerdings ein Recht zum Besitz des mittelbaren Besitzers gegenüber dem Eigentümer voraussetzt.



Beispiel: K kauft bei E einen Pkw unter Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB) und vermietet ihn an M. M kann sich nach § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB auf das Besitzrecht des K berufen, das aus dem Kaufvertrag folgt.

§ 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB gilt auch bei mehrstufiger Besitzmittlung („Besitzrechtskette"): Bringt M den Pkw zur Reparatur zu U, hat U ebenfalls ein Recht zum Besitz gegenüber K.

Weitere Voraussetzung für ein Recht zum Besitz des unmittelbaren Besitzers ist, dass der mittelbare Besitzer berechtigt ist, den Besitz an den unmittelbaren Besitzer weiter zu geben; das folgt aus § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB. § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 und Satz 2 BGB sind immer zusammen zu lesen!



Beispiel: Hatte K den Pkw seinerseits bei E gemietet und war eine Untervermietung *nicht* gestattet worden (vgl. § 540 Abs. 1 BGB), besteht ein Herausgabeanspruch des E gegen M, allerdings grundsätzlich gerichtet auf Herausgabe an K (§ 986 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Ergänzung: Ist der Hauptmietvertrag (beispielsweise durch außerordentliche Kündigung wegen unberechtigter Überlassung an Dritte, § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB) beendet, kann der Vermieter (hier: E) auch vom Untermieter (hier: M) nach § 546 Abs. 2 BGB Herausgabe an sich verlangen; diese Anspruchsgrundlage ist wichtig, wenn auch der Hauptvermieter nicht Eigentümer (oder Anwartschaftsberechtigter) ist (er hatte z. B. die Mietsache an eine Bank zur Sicherheit [§§ 929, 930 BGB] übereignet) und sich daher nicht auf § 985 BGB berufen kann.

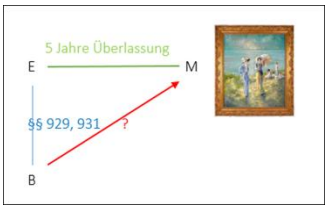
Beispiel: Hatte K den gemieteten Pkw dem gutgläubigen M verpfändet (§§ 1207, 932 BGB), kann B aufgrund originär eigenen Besitzrechts aus dem *dinglichen* Pfandrecht die Herausgabe verweigern, ohne dass es auf § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB ankommt.

→ auch *Fall 10*, S. 78.

3. § 986 Abs. 2 BGB

270

Eine Form der „Verdinglichung obligatorischer Rechte“ enthält § 986 Abs. 2 BGB. Danach kann der Besitzer ein (nur) obligatorisches Besitzrecht auch einem Dritten entgegen halten.



Beispiel: E hat ein ihm gehörendes Gemälde dem Museum M 5 Jahre zu Ausstellungszwecken zur Verfügung gestellt. Als Gegenleistung darf E Museumseinrichtungen für Werbezwecke nutzen. Alsbald übereignet E das Gemälde der Bank B nach §§ 929, 931 BGB zur Sicherheit. – B ist Eigentümerin geworden. Vor Ablauf der 5-Jahresfrist kann B Herausgabe des Gemäldes von M allerdings *nicht* verlangen; M kann sich auf die Abrede mit E berufen, die nach § 986 Abs. 2 BGB auch der B gegenüber wirkt. Ein Schutz des guten Glaubens der B scheidet mangels gesetzlicher Grundlage aus. Der Herausgabeanspruch ist daher selbst dann ausgeschlossen, wenn E vor dem Erwerb gegenüber B erklärt hatte, der Nutzungsvertrag mit M sei wirksam gekündigt worden.

Tritt E (nur) den *obligatorischen* Herausgabeanspruch aus dem Nutzungsvertrag mit M an B ab, kann sich M auf § 404 BGB berufen. Gegenüber dem Vindikationsanspruch genügt ein Rückgriff auf § 404 BGB nicht, denn dieser ist nicht Verfügungsgegenstand (sondern das Eigentum!) und entsteht in der Person eines jeden Erwerbers neu (str.).

Nach BGHZ 64, 122, 127 f. ist § 407 BGB auch im Rahmen des § 986 Abs. 2 BGB entsprechend anwendbar. **271**

Beispiel: Verlängert E nach der Übereignung an B den Nutzungsvertrag mit M über das Gemälde um weitere 5 Jahre, ohne die Übereignung an B dem M mitzuteilen, wirkt dies zu Lasten der B. Jedoch hat B nach der Auffassung von Teilen der Literatur analog § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB einen Anspruch gegen E auf Herausgabe der Gegenleistung.

§ 986 Abs. 2 BGB begründet nur eine **Einwendung** gegen den Vindikationsanspruch, jedoch *keinen* eigenen *Herausgabeanspruch*. Gibt der Besitzer die Sache irrtümlich dem neuen Eigentümer heraus, kann er später nicht Rückgabe verlangen, sondern ist auf den Schadensersatzanspruch gegen den Veräußerer verwiesen. Insofern ist § 986 Abs. 2 BGB „schwächer“ als § 566 Abs. 1 BGB, der den Erwerber des Grundstücks zur *Vertragspartei* und damit auch zum Schuldner eines Herausgabeanspruchs macht. **272**

4. § 241a BGB

Nach § 241a Abs. 1 BGB wird bei Lieferung unbestellter Waren durch einen Unternehmer (§ 14 BGB) an einen Verbraucher (§ 13 BGB) „ein Anspruch gegen diesen nicht begründet“ (zu § 241a BGB *Köhler* JuS 2014, 865). Die Vorschrift schliesst nicht nur den Kondiktionsanspruch hinsichtlich des Besitzes (dessen Bestand wegen § 814 BGB ohnehin zweifelhaft ist), sondern auch den Vindikationsanspruch nach § 985 BGB aus; der Empfänger muss weder die Sache noch Nutzungen heraus geben. **273**

§ 241a BGB soll wettbewerbswidriges Zusenden unbestellter Waren (als Vertriebsform) sanktionieren. Die Regelung führt zu gravierenden Änderungen der Rechtsverhältnisse an den zugesandten Waren: Der Empfänger wird nicht Eigentümer; selbst wenn in der Zusendung ein konkludentes Angebot nach § 929 BGB liegt, ist es durch das Zustandekommen des Kaufvertrags (und der Zahlung des Kaufpreises) aufschiebend bedingt. Eigentum und Besitz fallen daher dauerhaft auseinander. **274**

Ein Recht zum Besitz begründet § 241a BGB nicht (*Jauernig/Mansel*, BGB, § 241a, Rn. 5; str.). Gelangt die Ware in die Hand eines Dritten (der Empfänger vermietet sie), kann der Eigentümer von diesem nach § 985 BGB Herausgabe an sich verlangen. – Veräußert der Verbraucher die Ware, kann der Unternehmer nach § 816 Abs. 1 BGB den Erlös heraus verlangen (str.). **275**

Eine zusätzliche Problematik entsteht, wenn der Versender nicht Eigentümer ist, etwa die zugesandte Ware seinerseits unter Eigentumsvorbehalt mit Verfügungsermächtigung bezogen hatte. Würde § 241a BGB auch in diesem Fall eine Einwendung gegen den Herausgabeanspruch des Vorbehaltseigentümers begründen, wäre der Eigentumsvorbehalt empfindlich entwertet. Der Empfänger ist ausreichend geschützt, wenn in diesem Fall eine Schadenshaftung und die Pflicht zur Herausgabe von Nutzungen durch § 241a BGB ausgeschlossen wird (alles sehr str.). **276**

IV. Inhalt des Vindikationsanspruchs

1. Herauszugebende Sache

§ 985 BGB ist bei beweglichen Sachen und bei Grundstücken anwendbar. Der Anspruch nach § 985 BGB ist gerichtet auf Herausgabe der Sache an dem Ort, wo sie sich gegenwärtig befindet. Die Entgegennahme ist dem Eigentümer zu ermöglichen. Herauszugeben ist auch ein Sachzuwachs, der durch die Verbindung mit anderen wesentlichen Bestandteilen entstanden ist, vorbehaltlich des Trennungsrechts nach § 997 BGB. **277**

Eine Vindikation einer Sachgesamtheit findet nicht statt. Der Herausgabeanspruch ist auf das einzelne Buch oder Schaf, nicht die Bibliothek oder Herde gerichtet. Im Prozess muss jeder einzelne Gegenstand der Sachgesamtheit bezeichnet werden; es liegt eine objektive Klagehäufung vor (§ 260 ZPO). Erleichtert wird die Benennung durch § 809 BGB und ggf. den Auskunftsanspruch nach § 242 BGB.

Anders als § 859 Abs. 2 und 3 BGB berechtigt § 985 BGB nicht zur Gewaltanwendung.

2. Geldvindikation

Auch Geldscheine und -münzen sind nach § 985 BGB herauszugeben. Insoweit ist zu beachten, dass die Vermischung mit Geldzeichen anderer Eigentümer nach §§ 948, 947 BGB zu Mit- oder Dritteigentum, die Übereignung wegen § 935 *Abs. 2* BGB auch zum Eigentumsverlust bei *gestohlenen* Geldzeichen führt. Der bisherige Eigentümer verliert in diesen Fällen seinen dinglichen Vindikationsanspruch, an dessen Stelle obligatorische Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche treten (§§ 951, 816, 989, 823 usw. BGB). **278**

Eine Geld*wert*vindikation, wonach der bisherige Eigentümer Herausgabe eines entsprechenden Geldwertes vom (früheren) Besitzer gestützt auf einen dinglichen Anspruch verlangen kann, ist nicht möglich. Damit würde der Eigentümer von Geldzeichen gegenüber anderen Sacheigentümern ohne Grund privilegiert, weil er beispielsweise in der Insolvenz aussondern könnte, §§ 47 f. InsO.

3. Abwicklung

279 Der Anspruch ist gerichtet auf Herausgabe der Sache, also mehr als Duldung der Wegnahme, wie schon der Unterschied von § 883 ZPO und § 890 ZPO belegt. Grundstücke sind zu räumen. Die Sache ist an dem Ort, an dem sie sich befindet, dem Eigentümer zu übergeben. Es handelt sich um eine Holschuld.

4. Anwendung schuldrechtlicher Bestimmungen, insbesondere § 285 BGB

280 Der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB ist ein **dinglicher Anspruch**, auf den die Bestimmungen des allgemeinen Schuldrechts (§§ 241 – 432 BGB) **grundsätzlich nicht** zur Anwendung kommen. Zum Beispiel ...

- scheidet eine vertragliche Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB) aus, weil für die Herausgabepflicht allein der Besitz maßgeblich ist;
- richten sich die Folgen zu vertretender Unmöglichkeit nicht nach §§ 280, 275, 283 BGB, sondern allein nach §§ 989 ff. BGB, damit die in diesen Bestimmungen bezweckte Privilegierung nicht unterlaufen wird (vgl. § 993 BGB);
- können aber §§ 280, 281 BGB anwendbar sein (str.), um dem Eigentümer das Instrument der Fristsetzung zu geben (Schadensersatz statt der Leistung, dann aber nur Zug um Zug gegen Übereignung);
- kann der Herausgabeanspruch nicht nach § 398 BGB abgetreten werden (BGH NJW 2016, 3235 [wenn Besitzer bösgläubig oder verklagt ist]). Zulässig ist nur eine Ermächtigung zur prozessualen Geltendmachung des Anspruchs im Wege der Prozessstandschaft;
- findet § 285 BGB keine Anwendung:

  *Beispiel***:** Der Besitzer B veräußert eine bewegliche Sache des E an den bösgläubigen K. Hier kann E von B nicht Herausgabe des Kaufpreises nach § 285 BGB verlangen. Er würde neben dem gegen K gerichteten Herausgabeanspruch einen zweiten Anspruch bekommen und damit mehr, als ihm zusteht. Will der Eigentümer den Erlös von B herausverlangen, muss er die Verfügung genehmigen (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB), womit gegen B ein Anspruch nach § 816 Abs. 1 BGB entsteht.

  Vgl. *Gursky*, Der Vindikationsanspruch und § 285 BGB, Jura 2004, 433.

Beachte jedoch § 990 Abs. 2 BGB: Die Vorschriften über den „Verzug“ finden Anwendung.

5. Verjährung

281 Der Vindikationsanspruch verjährt gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB in 30 Jahren.

> Auch der Eigentumsherausgabeanspruchs bei sog. „NS-Raubkunst“ (OLG Frankfurt, NJW-RR 2018, 857, dazu Bespr. *Wellenhofer* JuS 2019, 163 mit Hinweisen zur Examensrelevanz).

Verjährungsregelungen tragen dem Umstand Rechnung, dass die Rechte nach vielen Jahren ungewiss werden; Ungewissheit entfällt bei im *Grundbuch eingetragenen* Rechten. Ist das Eigentum im Grundbuch eingetragen, verjährt der Anspruch auf Herausgabe daher nicht, § 902 Abs. 1 BGB. Für den Besitzer des Grundstücks bedeutet das, dass er Urkunden über ein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) ewig aufbewahren muss.

> Das Recht muss allerdings für den wirklich Berechtigten eingetragen sein; beweist der Besitzer, dass das Grundbuch falsch ist, verjährt der Anspruch; anders wenn ein Widerspruch (§ 899 BGB) eingetragen ist (§ 902 Abs. 2 BGB).

282 Eine **Verwirkung** des Vindikationsanspruchs ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, findet aber nur unter ganz besonderen Voraussetzungen statt, um Eigentum und Besitz nicht dauerhaft auseinander fallen zu lassen (BGH NJW 2007, 2183, 2184: Herausgabe muss für den Besitzer schlechthin unerträglich sein).

V. Konkurrenzen

1. Vertragliche Rückgewähransprüche

283 Der Vindikationsanspruch aus § 985 BGB steht neben *schuldrechtlichen* Herausgabeansprüchen aus §§ 546, 604, 667, 732 usw. BGB. Hat der Eigentümer eine Sache vermietet, kann er nach Ablauf der vereinbarten Mietzeit oder der Kündigung des Mietvertrags Rückgabe der vermieteten Sache sowohl aus § 546 BGB als auch aus § 985 BGB verlangen. § 985 BGB wird also nicht verdrängt.

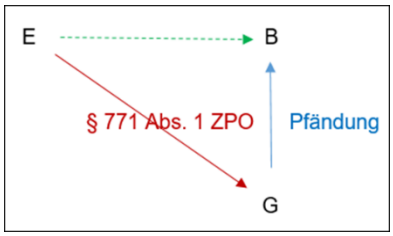
2. Sonstige Ansprüche

284 Hat der Eigentümer eine Sache veräußert und übergeben, kann er sowohl nach § 985 BGB als auch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB (Besitzkondiktion) Herausgabe der Sache verlangen, wenn beide Rechtsgeschäfte nichtig sind. Die Vindikation stärkt die Stellung des Eigentümers nicht nur hinsichtlich der Haftung und der Beweislast, sondern auch in der Insolvenz: Der **Vindikationsanspruch** ist ein **dinglicher Anspruch**, der zur *Aussonderung nach § 47 InsO* berechtigt. Ist nur der Kaufvertrag nichtig, kann der Verkäufer in der Insolvenz des Besitzers für seinen obligatorischen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB nur die Insolvenzquote erwarten.

285 Ist dem Eigentümer eine Sache gestohlen worden, kann er Herausgabe nicht nur nach § 985 BGB verlangen, sondern zugleich nach §§ 823, 826, 249 BGB (Rückgabe ist Naturalrestitution) und § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB. Der Vindikationsanspruch aus § 985 BGB kann auch mit Ansprüchen aus §§ 861, 1007 BGB und dem Erbschaftsanspruch nach §§ 2018 ff. BGB (vgl. insbesondere § 2029 BGB) zusammentreffen.

286

Verdrängt wird der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB allerdings durch die **Drittwiderspruchsklage** nach § 771 ZPO. Pfändet ein Gläubiger G des Besitzers B die dem Eigentümer E gehörende Sache, erwirbt G zwar mittelbaren Besitz; E hat aber keinen Herausgabeanspruch, sondern muss nach § 771 ZPO gegen den G klagen und mit dem obsiegenden Urteil nach §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO verfahren. Nach § 771 Abs. 2 ZPO kann die Drittwiderspruchsklage gegen G mit der Vindikationsklage gegen B verbunden werden.



D. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV)

I. Grundlagen 42
1. Regelungsgegenstand und Unterschiede zu den allgemeinen Vorschriften. 42
2. Der Anwendungsbereich des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses 43
a) Geltung der §§ 987 ff. BGB und Konkurrenzen 43
b) Vindikationslage 43
c) Besitzerstellung 44
3. Die Arten des Besitzes 44
a) Überblick 44
b) Der (un-)redliche Besitzer 44
c) Prozess- und Verzugsbesitzer 45
d) Deliktsbesitzer 45
II. Herausgabe von Nutzungen 45
1. Der redliche Besitzer 46
a) Unverklagter redlicher Besitzer 46
b) „Rechtsgrundloser" redlicher Besitzer 47
c) Verklagter redlicher Besitzer, § 987 BGB 47
d) Unentgeltlicher redlicher Besitzer, § 988 BGB 47
2. Der unredliche Besitzer 48
a) § 990 Abs. 1 BGB 48
b) Verzugsbesitzer, § 990 Abs. 2 BGB 50
3. Deliktsbesitzer 49
4. Inhalt der Herausgabeanspruchs 49
5. Exkurs: Eigentumserwerb an Erzeugnissen und Bestandteilen 45
III. Anspruch auf Schadensersatz 49
1. Der redliche Besitzer 49
a) Unverklagter redlicher Besitzer 49
b) § 991 Abs. 2 BGB 49
c) „Fremdbesitzerexzess" 50
d) Verklagter redlicher Besitzer 50
2. Unredlicher Besitzer 50
3. Deliktsbesitzer 51
4. Inhalt des Schadensersatzanspruchs 51
IV. Ersatz von Verwendungen 51
1. Überblick 51
2. Verwendungen 52
a) Verwendungsbegriff 52
b) Arten der Verwendungen 52
3. Ersatz von Verwendungen 53
a) Der redliche Besitzer 53
b) Unredlicher und verklagter Besitzer 53
4. Rechtsfolgen des Verwendungsersatzes 54
a) Zurückbehaltungsrecht 54
b) Ersatzanspruch 54
c) Befriedigungsrecht 54
d) Eigentümer- und Besitzerwechsel 54
5. Abtrennungsrecht 54
Prüfung Verwendungen in der Klausur 55

Literatur (Überblick zum Einstieg): *Roth*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 2003, 937; *Schmolke*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 - 1003 BGB), JA 2007, 101; *Raue*, Grundriss EBV: Struktur, Anspruchsgrundlagen und Konkurrenzen, Jura 2008, 501; *Kempny*, Zum Verständnis und zur Prüfung des § 992 BGB, JuS 2008, 858; *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 2013, 495; *Rodi*, Die vertragliche Haftung des lediglich zum Fremdbesitz befugten Eigenbesitzers …., Juristische Ausbildung 2018, 319 - 329.

Fallbearbeitung: Teil II: *Fall 10*, S. 78; Fall 11, S. 75; *Fall 12*, S. 79; *Fall 14*, S. 83, *Fall 15*, S. 81. Teil III: Fall „Ärger mit der Werkstatt" S. 143; der „Zuchtstutenfall", insbes. S. 148; der Porschefall II Variante I S. 144 ff.; *Hellfeier*, Referendarexamensklausur, JuS 2005, 436; *Musielak*, Referendarexamensklausur, JuS 2006, S. 50 ff.; *Krackhardt/Sparmann*, Examensklausur ZR: Heimlicher Holzhandel, Jura 2006, 531.

I. Grundlagen

1. Regelungsgegenstand und Unterschiede zu den allgemeinen Vorschriften.

287 §§ 987 – 993 BGB regeln obligatorische Nebenansprüche des dinglichen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB.

Allein mit der Herausgabe der Sache wird das Interesse des Eigentümers nicht vollauf befriedigt, wenn der Besitzer die Sache genutzt oder beschädigt hat. Andererseits kann auch der Besitzer vom Eigentümer etwas verlangen: §§ 994 – 1003 BGB sehen einen Ausgleich für vom Besitzer auf die Sache getätigte Verwendungen vor, beispielsweise wenn er die Sache hat reparieren lassen.

288 Die **Funktion** der §§ 987 – 1003 BGB besteht in erster Linie darin, den zwar objektiv unberechtigten, aber subjektiv auf ein Besitzrecht vertrauenden **Besitzer** gegenüber den allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften **besser zu stellen**, die Rechtsstellung des Eigentümers gegenüber dem unredlichen oder auf Herausgabe verklagten Besitzer hingegen zu stärken.

Beispiel: Dieb D entwendet das Pferd des E und veräußert es nach §§ 90a Satz 3, 929 Satz 1 BGB an den redlichen B. Hier erwirbt B wegen §§ 90a Satz 3, 935 BGB kein Eigentum. Ein Recht zum Besitz scheidet ebenfalls aus. Der redliche B

muss zwar das Pferd nach § 985 BGB an E herausgeben, darf aber die Nutzungen (§ 100 BGB), die ihm der eigene Gebrauch des Pferdes oder dessen Vermietung an einen Reiterverein erbracht haben, behalten.

Ein Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen ist nur gegeben, wenn der B entweder bösgläubig hinsichtlich seines Besitzrechts (§§ 987, 990 BGB) ist oder E ihn auf Herausgabe verklagt hat (§ 987 Abs. 1 BGB).

Wird das Pferd bei einem Ausritt zu scharf geritten und kommt es infolge eines Sturzes zu Schaden, muss der redliche, unverklagte B den Schaden nicht ersetzten. Erkrankt das Pferd, kann der Besitzer vom Eigentümer die Kosten eines Tierarztes ersetzt verlangen, § 994 Abs. 1 BGB, und zwar auch dann, wenn das Pferd nicht wieder gesund wird, der Eigentümer also nichts erlangt.

→ dazu Fall „Diebstahl der Zuchtstute“, Teil III S. 141

Die Besserstellung des redlichen Besitzers in §§ 987 ff. BGB setzt freilich voraus, dass ein Rückgriff auf die Bestimmungen des Bereicherungs- und Deliktsrechts ausgeschlossen ist. Diese **Sperrwirkung** ergibt sich aus **§ 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB**. Der Pferdebesitzer B haftet daher nicht nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsbeschädigung und muss die Nutzungen nicht nach §§ 812, 818 Abs. 1 BGB herausgeben. **289**

Der Grund für die Freistellung des Besitzers von der Haftung nach §§ 823 ff. BGB ist einsichtig: Der redliche Eigenbesitzer hält sich für den Eigentümer der Sache und richtet sein Verhalten darauf ein. Er soll nicht später Ersatzansprüchen ausgesetzt sein, wenn sich herausstellt, dass ein anderer Eigentümer ist. **290**

Insbesondere wenn der gutgläubige Erwerb einer Sache wegen § 935 BGB scheitert, so findet doch ein „**Gutglaubensschutz**“ hinsichtlich der erworbenen **Handlungsmöglichkeiten** statt. Dass der redliche Besitzer die Nutzungen nicht herausgeben muss, bildet eine **Form** des **gutgläubigen Erwerbs** zwar *nicht* der *Sache*, wohl aber der daraus gezogenen **Nutzungen**. Der redliche Besitzer muss nicht gewärtigen, nachträglich dem Eigentümer über seine Nutzziehung und seine Aufwendungen Rechenschaft ablegen zu müssen. Auch dies stärkt seine Handlungsfreiheit. **291**

Ähnlich ist die Überlegung bei den **Verwendungen**: Der redliche Besitzer macht Aufwendungen auf die Sache in der Meinung, sie kämen ihm – weil die Sache ihm gehört – zugute. Niemand, der redlich an sein Eigentum glaubt, soll Gefahr laufen, dass sich Aufwendungen nachträglich als für andere getätigt erweisen. **292**

Andererseits wird die **Haftung** des **bösgläubigen Besitzers** verschärft, vor allem dadurch, dass er infolge der Bösgläubigkeit in ein gesetzliches Schuldverhältnis zum Eigentümer eingebunden wird, das ihn gegenüber dem allgemeinen Deliktsrecht schlechter stellt, etwa hinsichtlich der **Verschuldenszurechnung** (im EBV gilt § 278 BGB statt allgemein nach Deliktsrecht § 831 BGB). **293**

2. Der Anwendungsbereich des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses

a) Geltung der §§ 987 ff. BGB und Konkurrenzen

Die in §§ 987 ff. BGB vorgesehen Regelungen sind nicht nur Folgebestimmungen der Vindikationslage nach § 985 BGB. Vielmehr gelten sie kraft Verweisung in §§ 1065, 1227 BGB auch für den Nießbrauch und das Pfandrecht sowie für den herausgabepflichtigen Besitzer nach § 1007 Abs. 3 Satz 2 BGB. **294**

Zu beachten sind ferner Bestimmungen des Schuldrechts, die für Herausgabeansprüche, auf §§ 987 ff. BGB verweisen, insbesondere **§ 292 BGB**, auf den in § 818 Abs. 4 BGB für das Bereicherungsrecht verwiesen wird. **295**

Keine Anwendung mehr finden §§ 987 ff. BGB beim Rücktritt; der frühere § 347 BGB a.F. hatte ebenfalls auf §§ 987 ff. BGB verwiesen; § 346 Abs. 2 BGB n.F. enthält eine eigene Wertersatzregel. Zum Schadensersatz § 346 Abs. 4 BGB n.F., zu Nutzung und Verwendung s. § 347 BGB.

Wichtig ist, dass die §§ 987 ff. BGB eine **abschliessende Regelung** enthalten. Das folgt (etwas versteckt) aus **§ 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB**: Ist der Besitzer weder verklagt noch bösgläubig, muss er Nutzungen nicht herausgeben und auch keinen Schadensersatz leisten! Man spricht von der **Sperrwirkung** des EBV gegenüber Delikts- und Bereicherungsrecht. **296**

Dabei ist jedoch im Auge zu behalten, dass §§ 987 ff. BGB nur für Nutzungen aus der Sache, Verschlechterung der Sache und Verwendungen auf die Sache gelten, **nicht** für den **Verbrauch** und die **Veräußerung** der Sache durch den unberechtigten Besitzer. In diesen Fällen liegt eine Eingriffskondiktion vor, und der Besitzer muss das Erlangte nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB bzw. (bei wirksamer Veräußerung) nach § 816 Abs. 1 BGB herausgeben bzw. nach § 818 Abs. 2 Fall 2 BGB Wertersatz leisten. **297**

Beispiel: B isst einen fremden Apfel auf; M veräußert das fremde Fahrrad.

Merke: Das EBV schließt Eingriffskondiktion hinsichtlich der Sachsubstanz nicht aus! **298**

Eine Ausprägung dieses Grundsatzes bildet § 993 Abs. 1 *Halbsatz 1* BGB: Die dort genannten Früchte werden aus der Substanz gewonnen („Übermaßfrüchte“) und sind daher nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen herauszugeben.

Der redliche Besitzer eines Waldgrundstücks darf daher nur den gewöhnlichen, einer ordnungsgemäßen Waldwirtschaft entsprechenden Holzeinschlag behalten. Rodet er den Wald (Substanzeingriff), muss er das Holz nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen herausgeben.

b) Vindikationslage

Gemeinsame **Voraussetzung** der §§ 987 ff. BGB ist ein Herausgabeanspruch nach **§ 985 BGB**. Das folgt aus der systematischen Stellung der §§ 987 ff. BGB im Anschluss an §§ 985 f. BGB, ferner daraus, dass §§ 987 ff. BGB an die Unterscheidung anknüpft, ob der Besitzer hinsichtlich des mangelnden Besitzrechts redlich oder unredlich ist. **299**

Merke: Ein EBV liegt vor insbesondere bei ... **300**

- nichtigen Gebrauchsüberlassungsverträgen („unwirksamer Mietvertrag“);
- „doppelnichtigen“ Veräußerungsverträgen („geschäftsunfähiger Veräußerer“);

– wegen § 935 Abs. 1 BGB unwirksamer Erwerb beweglicher Sachen.

301 **Einig** ist man sich, dass die §§ 987 ff. BGB anwendbar sind, wenn *von Anfang an* eine Vindikationslage zwischen Eigentümer und Besitzer („*anfängliche Vindikationslage*“) bestand und umgekehrt, dass § 987 ff. BGB ausscheiden, wenn der Besitzer bis zuletzt zum Besitz berechtigt war.

> Die Regelungen der Schadensersatzpflicht, der Nutzungen und der Verwendungen richten sich im letzteren Fall nach dem das Besitzrecht begründenden Schuldverhältnis: Der **Mieter** darf die Nutzungen behalten (selbstredend, weil er dafür den Mietzins entrichtet), haftet nach §§ 280 Abs. 1, 275 Abs. 1, 283 BGB und § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz, wenn er die Mietsache schuldhaft beschädigt oder zerstört (freilich nicht bei vertragsgemäßem Gebrauch, § 538 BGB) und kann Verwendungen nach § 539 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen.

302 **Umstritten** ist hingegen die Frage, ob §§ 987 ff. BGB anwendbar sind, falls zunächst ein **Recht zum Besitz** bestand, dieses aber **ex nunc endete**, etwa weil das Besitzrecht aus einem Mietvertrag infolge Ablaufs der vereinbarten Mietzeit nicht mehr besteht („*nachträgliche Vindikationslage*“). Sehr weit geht insoweit die Entscheidung BGHZ 34, 122, die – für den Verwendungsersatz – allein darauf abstellt, ob zum Zeitpunkt der *Rückforderung* der Sache eine Vindikationslage besteht. Dass bei Erbringung der Verwendungen ein Recht zum Besitz noch bestand, soll unerheblich sein.

> → *Fall 10*, S. 78. Beachte auch den Fall „Ärger mit der Werkstatt“ S. 143.

303 Ist der das Recht zum Besitz begründende Vertrag infolge **Anfechtung** nach § 142 Abs. 1 BGB *rückwirkend* nichtig, liegt eine *anfängliche* Vindikationslage vor, so dass §§ 987 ff. BGB ohne weiteres anwendbar sind. Bei der Frage der Redlichkeit ist § 142 Abs. 2 BGB zu beachten: Kannte der Besitzer die Anfechtbarkeit, ist er unredlich und haftet nach § 990 BGB auf Schadensersatz und Nutzungsherausgabe, wenn später angefochten wird.

c) Besitzerstellung

304 §§ 987 ff. BGB dienen dem Schutz des (redlichen) Besitzers. Wer nur **Besitzdiener** ist, fällt nicht unter die §§ 987 ff. BGB, sondern haftet nach § 823 BGB.

Ist der Arbeitgeber redlicher Besitzer einer Sache, die der Arbeitnehmer (Besitzdiener, § 855 BGB) leicht fahrlässig zerstört, haftet der Arbeitnehmer dem Eigentümer nach § 823 Abs. 1 BGB, nicht aber der Arbeitgeber, wenn die Voraussetzungen der §§ 990, 989 BGB nicht vorliegen. Bedenklich ist, dass die den Arbeitgeber privilegierenden Bestimmungen der §§ 987 ff. BGB unterlaufen werden, wenn der Arbeitnehmer einen arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch hat. Die Frage ist daher, ob nicht in den Fällen des Regresses gegen den redlichen Besitzer oder gar generell eine Erstreckung des „Schutzschirmes“ der §§ 987 ff. BGB auf Besitzdiener anerkannt werden sollte; → dazu *Fall 14*, S. 83.

3. Die Arten des Besitzes

a) Überblick

305 Die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses sollen den **unrechtmäßigen** Besitzer gegenüber den allgemeinen Vorschriften **privilegieren**. Freilich ist nicht jeder Besitzer gleich schutzwürdig. Die §§ 987 ff. BGB differenzieren danach, ob der Besitzer redlich (§ 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB) oder unredlich (§§ 990 Abs. 1, 994 Abs. 2 BGB), auf Herausgabe verklagt (§§ 987, 989, 994 Abs. 2 BGB) oder im Verzug (§ 990 Abs. 2 BGB) ist, schliesslich, ob er den Besitz unentgeltlich (§ 988 BGB) oder durch eine Straftat (§§ 992, 1000 Satz 2 BGB) erlangt hat.

b) Der (un-)redliche Besitzer

306 Die **Abgrenzung** zwischen dem redlichen und dem unredlichen Besitzer ist ausserordentlich **bedeutsam:** Der redliche Besitzer muss weder Nutzungen herausgeben (Umkehrschluss aus § 987 BGB iVm § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB) noch Schadensersatz leisten (Umkehrschluss aus § 990 BGB iVm § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB); notwendige Verwendungen kann er stets ersetzt verlangen (Umkehrschluss aus § 994 Abs. 2 BGB).

(1) Voraussetzungen der Unredlichkeit

307 Die **Redlichkeit** bezieht sich auf das **Besitzrecht**. Der Eigenbesitzer muss sich für den Eigentümer halten, der Fremdbesitzer muss an ein Recht zum Besitz als Mieter, Pfandgläubiger, Pächter, Vorbehaltskäufer usw. glauben.

Die Voraussetzungen der Unredlichkeit werden in **§ 990 Abs. 1 BGB** in Anlehnung an § 932 Abs. 2 BGB normiert: Unredlich ist, wer beim Besitzerwerb weiss oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiss, dass er nicht zum Besitz berechtigt ist. Ist der Besitzer beim Erwerb redlich, verliert er die Privilegien nur, wenn er später erfährt, dass er kein Recht zum Besitz hat; nachträgliche grob fahrlässige Unkenntnis schadet hingegen nicht.

308 Positive Kenntnis ist schwer nachzuweisen. Nach der Rechtsprechung ist **Kenntnis** bereits erlangt, wenn der Besitzer über den Mangel seines Rechts in einer Weise aufgeklärt worden ist, ...

> „... dass ein redlich Denkender, der vom Gedanken an den eigenen Vorteil nicht beeinflusst ist, sich der Überzeugung seiner Nichtberechtigung nicht verschliessen würde.“

(2) Zurechnung der Kenntnis

309 Handelt der Besitzer nicht selbst, sondern durch einen Besitzdiener (§ 855 BGB) oder erlangt er mittelbaren Besitz (§ 868 BGB), stellt sich die Frage, ob der als solcher gutgläubige Besitzer sich die Kenntnis der Hilfspersonen zurechnen lassen muss. Der BGH wendet § 166 BGB analog an, wenn der Besitzdiener selbständig für sich gehandelt hat und im Rahmen der ihm zur freien Entscheidung zugewiesenen Tätigkeit den Besitz für den Besitzherrn erworben hat.

310 *Baur/Stürner* hingegen greifen auf eine Analogie zu § 831 BGB zurück mit der Begründung, bei § 990 BGB handele es sich um einen deliktsähnlichen Tatbestand. Diese Ansicht ist zwar für §§ 990, 989 BGB zutreffend. Die Frage der Wissenszurechnung stellt sich aber auch für Nutzungs- und Verwendungsersatzansprüche und sollte einheitlich analog § 166 BGB behandelt werden. Der Besitzer kann sich daher nicht analog § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpieren.

Zur Vertiefung → Fall 14, S. 83.

(3) Beschränkt geschäftsfähiger Besitzer

Ist ein beschränkt geschäftsfähiger Besitzer unredlich, sein gesetzlicher Vertreter hingegen gutgläubig, stellt die **hM** für die Frage der Unredlichkeit im Rahmen der §§ 987 ff. BGB in Anlehnung an **§ 828 BGB** darauf ab, ob der Minderjährige nach seinem Entwicklungsstand fähig ist, seine aus der fehlenden Besitzberechtigung folgende Verantwortlichkeit für die Sache zu erkennen („Einsichtsfähigkeit"). **311**

Nur im Rahmen der **Rückabwicklung unwirksamer Verträge** sei allein auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters abzustellen, weil der Minderjährige vor den Folgen seines rechtsgeschäftlichen Handelns geschützt werden müsse. Parallelfrage bei § 819 BGB! **312**

c) Prozess- und Verzugsbesitzer

Wird der Besitzer vom Eigentümer auf Herausgabe verklagt, muss er mit dem Prozessverlust rechnen. Der Prozessbesitzer haftet ab dem Zeitpunkt der Klageerhebung verschärft (§§ 987, 989 BGB). Klagt der Eigentümer nur auf Feststellung seines Eigentums (§ 256 ZPO), sind §§ 987, 989 BGB ebenfalls einschlägig, wenn ein Recht zum Besitz nicht besteht. **313**

Die Klageerhebung erfolgt nach §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 2 ZPO.

Die Klageerhebung kann ebenso wie eine Mahnung den Verzug begründen (§ 286 Abs. 1 Satz 2 BGB); liegen die übrigen Voraussetzungen des Verzugs vor, haftet der Verzugsbesitzer nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 286 ff. BGB, § 990 Abs. 2 BGB.

→ dazu den Fall „Scherben bringen Glück" unten Teil III, S. 139.

d) Deliktsbesitzer

Wer sich den Besitz durch schuldhaft verbotene Eigenmacht oder eine Straftat verschafft hat, haftet dem Eigentümer nach den allgemeinen Vorschriften (§ 992 BGB). Er verdient keine Privilegierung. **314**

→ dazu den „Vasenfall" unten Teil III, S. 139.

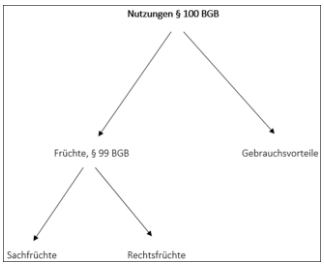
II. Herausgabe von Nutzungen

Mit Bezug auf die Frage der Herausgabe von Nutzungen durch den Besitzer an den Eigentümer sind drei Probleme zu unterscheiden: **315**

- Liegen Nutzungen vor? (dazu unter 1.)
- Wem gehören die Nutzungen? (dazu unter 2.)
- Müssen die Nutzungen herausgegeben werden? (dazu unter 3.-5.); nur diese Frage beantworten §§ 987 ff. BGB.

1. Vorbemerkung: Was sind Nutzungen?

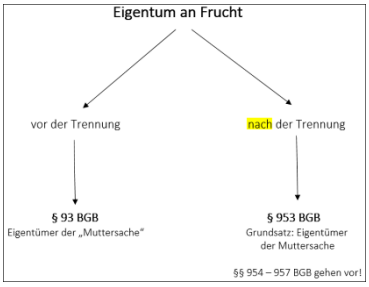
Der Begriff der Nutzungen ergibt sich aus **§ 100 BGB**. Danach sind Nutzungen „Früchte" und Gebrauchsvorteile, beispielsweise der Gebrauch eines Autos. **„Früchte"** sind definiert in § 99 BGB. Man unterscheidet Sach- (§ 99 Abs. 1 BGB) und Rechtsfrüchte (§ 99 Abs. 2 BGB), ferner unmittelbare Früchte und mittelbare Früchte (§ 99 Abs. 3 BGB). Unmittelbare Sachfrüchte sind Erzeugnisse und Ausbeute einer Sache, beispielsweise Getreide, Jungtiere, Kohle usw. Mittelbare Sachfrüchte sind beispielsweise Pachtzinseinnahmen. Wichtig ist, dass der Verbrauch der Sachsubstanz keine „Frucht" ist; das Fleisch des Schlachttieres ist keine Sachfrucht. Unter Rechtsfrüchten versteht man den Ertrag aus Rechten aufgrund eines Nutzungsrechts, Rechtsfrüchte sind beispielsweise Lizenzeinnahmen aus Patenten. **316**



2. Wem gehören Früchte? / Eigentumserwerb an Erzeugnissen und Bestandteilen

Frage: Der Landwirt erntet Getreide; die Kuh kalbt; der Bergmann entnimmt der Grube Kohle. Wem gehören diese Sachen? Dazu *Brehm/Berger*, Sachenrecht Rn. 29.1 ff. **317**

Vor der Trennung sind Erzeugnisse als wesentliche Bestandteile nicht sonderrechtsfähig (§ 93 BGB), teilen also die dingliche Rechtslage der Muttersache. Erst mit der Trennung werden sie zu *selbständigen Sachen* und es stellt sich die Frage, wem sie gehören.



Die Frage nach dem Eigentum an Früchten ist geregelt in **§§ 953 - 957 BGB**.

> Die weitere Frage, ob der Erwerber das Eigentum an der Frucht behalten darf, bestimmen §§ 987 ff. BGB.

§ 953 BGB ist die **Grundnorm**: Der Eigentümer der Muttersache wird mit der Trennung auch Eigentümer des Erzeugnisses. **318**

Der Eigentümer des Ackers ist Eigentümer der Kartoffeln. Wer sät und wer erntet, ist unerheblich.

> *Beispiel:* Dieb D stiehlt einen Apfel vom Baum. Der Apfel gehört dem Eigentümer des Grundstücks. Ein Aneignungsakt ist nicht erforderlich.
>
> *Beachte* die Ausnahme von § 953 BGB in § 911 BGB („Überfall"): der auf das Nachbargrundstück fallende Apfel gilt als Frucht des Nachbargrundstücks. Es gelten die Regeln der §§ 953 ff. BGB bzgl. des Nachbargrundstücks; es erwirbt also regelmäßig dessen Eigentümer.

§ 953 BGB gilt nur **subsidiär**, d.h. wenn sich aus §§ 954 - 957 BGB nichts anderes ergibt, vgl. § 953 Halbsatz 2 BGB (!).

319 Daher geht **§ 954 BGB** dem § 953 BGB vor. Wenn an der Sache ein beschränktes dingliches Recht besteht, erwirbt der Inhaber dieses Rechts das Eigentum an dem Erzeugnis. Inhalt des Rechts muss aber die **Befugnis zur Aneignung** des Erzeugnisses sein.

Beispiele: Nießbrauch, § 1030 BGB; Erbbaurecht, § 1 Abs. 2 ErbbaurechtsG; Nutzpfandrecht, § 1213 BGB.

Auch bei § 954 BGB kommt es weder auf den Besitz noch auf eine Aneignungshandlung an.

Beachte: Bestand an dem Grundstück ein **Grundpfandrecht**, gilt § 954 BGB nicht; Grundpfandrechte geben kein Recht auf Aneignung von Erzeunissen und getrennten Bestandteilen. Es bleibt daher bei § 953 BGB: der Eigentümer des belasteten Grundstücks erwirbt Eigentum an den Früchten.

Allerdings erstreckt sich das Grundpfandrecht auf das geerntete Getreide, § 1120 BGB! Realisierung wird die Haftung des Getreides über die Beschlagnahme, § 20 Abs. 2 ZVG.

Wenn an dem Grundstück ein Nießbrauch *und* ein Grundpfandrecht bestehen, bleibt es beim Eigentum des Nießbrauchers mit der Trennung (vgl. Wortlaut § 1120 BGB: „soweit sie nicht …").

320 **§ 956 BGB** geht wiederum §§ 953, 954 BGB vor. Der **persönlich Berechtigte** erwirbt Eigentum an Erzeugnissen und getrennten Bestandteilen nach § 956 BGB. Voraussetzung ist eine **Aneignungsgestattung**.

Beispiel: Der Eigentümer verpachtet seinen Acker an den Pächter P. Neben dem Pachtvertrag besteht eine Aneignungsgestattung, denn die Erzeugnisse sollen dem P gehören, vgl. § 581 Abs. 1 BGB.

321 Voraussetzung ist hier der *Besitz* des Pächters zum Zeitpunkt der Trennung oder spätere Besitzergreifung.

Nach den Motiven zum BGB ist § 956 Abs. 1 BGB ein Sonderfall des § 929 BGB. Die Aneignungsgestattung ist ein Sonderfall der Einigung. Hinzu tritt Besitzerwerb, der auch nach § 929 BGB erfroderlich ist. – Andere sehen in der Aneignungsgestattung eine einseitige Verfügung des Gestattenden. Diese begründe ein Anwartschaftsrecht für den Pächter usw. – Jedenfalls ist die Aneignungsgestattung eine Willenserklärung.

Voraussetzung des Erwerbs nach § 956 BGB ist die Verfügungsbefugnis des Gestattenden. Dies kann der Eigentümer sein, aber auch ein dinglich oder obligatorisch Berechtigter, wie § 956 Abs. 2 BGB lehrt. Das Recht zur Gestattung muss zum Zeitpunkt des Besitzerwerbs noch vorliegen.

322 Ein **redlicher Fruchterwerb** ist möglich nach **§ 955 Abs. 1 Satz 1 BGB**, wenn *Eigen*besitz vorliegt, es sei denn, der Besitzer ist unredlich, § 955 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ob der Erwerber die Früchte herausgeben muss, entscheiden §§ 987, 988, 990 BGB.

Beispiel: D veräußert eine dem E gestohlene Kuh an den B. Hier erwirbt der redliche B Eigentum am Kalb, § 955 Abs. 1 Satz 1 BGB.

323 **§ 955 Abs. 2 BGB** sieht den redlichen Erwerb bei einem in Wahrheit nicht bestehenden dinglichen Fruchtziehungsrecht zugunsten des *Fremd*besitzers vor.

324 **§ 957 BGB**: Erwerb bei der obligatorischen Aneignungsgestattung vom Nichtberechtigten. Der Wortlaut des § 957 BGB setzt Besitz des Gestattenden an der Muttersache nicht voraus. Gleichwohl ist man sich darüber einig, dass Besitz erforderlich ist.

Beispiel: Der Spaziergänger S betrachtet auf einem Feld die schönen Äpfel am Baum. Ein anderer Spaziergänger kommt vorbei und sagt: „Bedienen Sie sich ruhig, ich kann sowieso nicht alles ernten". – Hier scheidet ein Erwerb des S mangels Besitzes des Gestattenden aus.

Der „Gestattungsempfänger" muss redlich sein, arg. § 957 BGB: „… es sei denn, dass der *andere* …".

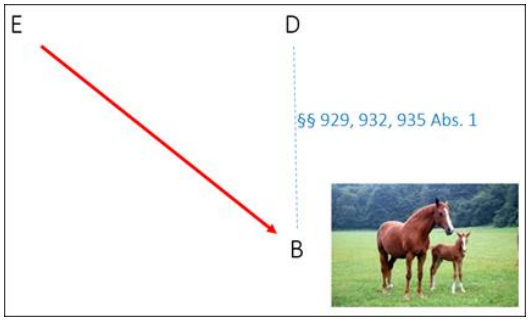
Klausurhinweis: Prüfungsreihenfolge: Mit § 956 BGB beginnen, dann § 955, dann § 954 BGB, dann § 953 BGB prüfen. Der **Eigentümer** hat die **schwächste Position**!

3. Herausgabepflicht des redlichen Besitzers

a) Unverklagter redlicher Besitzer

325 Ohne die besonderen Bestimmungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses müsste der redliche Besitzer dem Eigentümer die gezogenen Nutzungen *bereicherungsrechtlich* nach §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1 Fall 1 BGB herausgeben und den Wert der Gebrauchsvorteile *ersetzen*, § 818 Abs. 2 BGB, allerdings nur im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB.

326 Nach den §§ 987 ff. BGB gilt hingegen folgendes: Der **redliche Besitzer** darf nach § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB die gezogenen **Nutzungen behalten**. In diesem Schutz des redlichen, unverklagten Besitzers liegt eine wichtige Funktion der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses.



Beispiel: D entwendet das Pferd des E und veräußert es an den redlichen B, wo ein Fohlen geboren wird. B erwirbt nicht das Eigentum am Pferd (§ 935 Abs. 1 BGB), aber am bei B geborenen Fohlen (§§ 90a Satz 3, 955 BGB; geht § 953 BGB vor!).

B muss zwar die Mutterstute dem E herausgeben, nicht aber das Jungtier, das nach §§ 100, 99 Abs. 1 BGB als Sachfrucht („Erzeugnis") zu den Nutzungen zählt. – Hatte B die Stute einem Reiterverein vermietet, darf er den Mietzins (mittelbare Sachfrucht, § 99 Abs. 3 BGB) behalten. – Auch für die durch gelegentliches eigenes Reiten des Pferdes erlangten Gebrauchsvorteile (§ 100 Fall 2 BGB) schuldet er keine Vergütung. – Jedoch kann B wegen der gewöhnlichen Erhaltungskosten (z. B. Futterkosten, regelmäßige tierärztliche Untersuchung) von E nach § 994 Abs. 1 Satz 2 BGB *keinen Ersatz* verlangen.

Wie, wenn das Pferd geschlachtet und zu Salami verarbeitet wird? Es gelten die Grundsätze BGHZ 55, 176 („Bullenfall), → Rn. 99 ff.: Nach §§ 950, 951 BGB wird B Eigentümer der Salami, hat E aber Wertersatz zu leisten; insoweit tritt *keine Sperrwirkung* des Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nach § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB ein, weil ein *Substanz*verbrauch vorliegt. §§ 951, 812 BGB treten „an die Stelle" des mit Verarbeitung (§ 950 BGB) untergegangenen Vindikationsanspruchs, der *nicht* von § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB ausgeschlossen wird.

Allerdings trifft auch den **redlichen Besitzer** die Pflicht zur Herausgabe der sog. **„Übermaßfrüchte"**, § 993 Abs. 1 *Halbsatz 1* BGB. Der redliche Besitzer eines Waldgrundstücks darf daher nur den gewöhnlichen, einer ordnungsgemäßen Waldwirtschaft entsprechenden Holzeinschlag behalten. Rodet er den ganzen Wald, muss er das Holz nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen herausgeben. Verständlich wird dies, wenn man bedenkt, dass die Übermaßfrüchte zu Lasten der Sachsubstanz gezogen werden und auch der redliche Besitzer bei Sachverbrauch bereicherungsrechtlich zum Wertersatz verpflichtet ist. **327**

Eine zweite Ausnahme bildet § 988 BGB: Hat der Besitzer den **Besitz unentgeltlich** erlangt, muss er nach § 988 BGB dem Eigentümer die Nutzungen herausgeben (→ noch unter d]). **328**

Beispiel: Dieb D schenkt dem B die dem E gestohlene Sache. Hier muss B gezogene Nutzungen an den E herausgeben nach § 988 BGB. Grund: Wie auch bei §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 822 BGB ist der Beschenkte weniger schutzwürdig, weil er keine eigenen Aufwendungen für den Erwerb tätigen musste.

→ dazu auch unten im Teil III den Fall „Zuchtstute" S. 141.

b) Verklagter redlicher Besitzer, § 987 BGB

Wird der redliche Besitzer auf Herausgabe der Sache verklagt („Prozessbesitzer"), wird er dadurch nicht notwendig bösgläubig; er kann ja weiterhin von seinem Besitzrecht überzeugt sein; nachträgliche Bösgläubigkeit setzt volle Kenntnis vom fehlenden Besitzrecht voraus (§ 990 Abs. 1 Satz 2 BGB). Allerdings muss der Besitzer nach Klageerhebung mit der **Möglichkeit** rechnen, zur **Herausgabe** verurteilt zu werden. **329**

Nach § 987 Abs. 1 BGB muss der Besitzer alle Nutzungen herausgeben, die er nach Eintritt der Rechtshängigkeit (begründet durch Klageerhebung, also Zustellung der Klageschrift, → §§ 261, 262, 253 Abs. 1 ZPO) zieht. Das Gesetz behandelt den Besitzer **nach Klageerhebung** wie den **„Verwalter einer fremden Sache".** **330**

Beispiel: Wird das Fohlen erst nach Zustellung der Klage auf Herausgabe der Mutterstute geboren, erwirbt der Besitzer zwar unter den Voraussetzungen der §§ 90a Satz 3, 955 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenfalls Eigentum (nicht aber, wenn er bösgläubig ist, § 955 Abs. 1 Satz 2 BGB), muss das Fohlen indes nach § 987 Abs. 1 BGB dem Eigentümer der Mutterstute herausgeben. Herausgabe bedeutet in diesem Fall *Übereignung*, nicht nur Besitzverschaffung.

Die Kosten eines bei der Geburt hinzugezogenen Tierarztes kann B allerdings von E im Rahmen des § 102 BGB ersetzt verlangen („Fruchtgewinnungskosten").

§ 987 BGB ist ein schuldrechtlicher Anspruch, gerichtet auf Übereignung des Fohlens: Geht das Fohlen ein, wird B von seiner Verpflichtung aus § 987 BGB nach § 275 Abs. 1 BGB frei, trifft B ein Verschulden am Tode des Tiers, haftet er auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 275 Abs. 4, 280 Abs. 1, 283 BGB.

Herauszugeben sind auch Nutzungen, die der *verklagte* Besitzer nach der Rechtshängigkeit **schuldhaft** *entgegen den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft* **nicht zieht**, **§ 987 Abs. 2 BGB**. Die Wertersatzpflicht für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen folgt aus dem Gedanken, der verklagte Besitzer soll wie ein Verwalter einer fremden Sache haften. Es wird eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung fingiert. **331**

Beispiel: Kündigt der redliche Besitzer nach der Klageerhebung den Mietvertrag hinsichtlich des Pferdes, den er mit dem Mieter M geschlossen hatte, muss er gleichwohl den Wert der entgangenen Mieterträge nach §§ 90a Satz 3, 987 Abs. 2 BGB herausgeben.

c) Unentgeltlicher redlicher Besitzer, § 988 BGB

Wer eine Sache als redlicher Eigen- oder Fremdbesitzer besitzt, hat dem Eigentümer alle gezogenen Nutzungen herauszugeben, falls er für die Besitzerlangung keine Gegenleistung erbracht hatte, § 988 BGB. Unter die unentgeltliche Besitzerlangung fallen (unwirksame) Schenkungen, Leihverträge und Vermächtnisse. **332**

Beispiel: D verschenkt das dem E gestohlene Pferd an den gutgläubigen K, der es dem Reitverein R e. V. vermietet. K ist Gläubiger des Mietzinsanspruchs und wird Eigentümer der Banknoten, die er von R übereignet erhält. Aus § 988 BGB folgt: Der Mietzinsanspruch ist nach § 398 BGB an E abzutreten, das Geld nach § 929 BGB zu übereignen, das Pferd nach § 985 BGB herauszugeben (genauer: der mittelbare Besitz am Pferd). Nicht gezogene Nutzungen hat der unentgeltliche, unverklagte Besitzer nicht herauszugeben; ab Klageerhebung bzw. Kenntniserlangung von der fehlenden Besitzberechtigung haftet er nach §§ 987, 990 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Hätte der D das von E *gemietete* Pferd dem gutgläubigen K geschenkt (kein § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB!) könnte E von K nach § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB Übereignung und nach § 818 Abs. 1 Fall 1 BGB Nutzungsherausgabe verlangen.

§ 988 BGB enthält eine **Verweisung** auf das Bereicherungsrecht. Dies dient dem Schutz des Besitzers. Der Besitzer kann sich insbesondere auf **§ 818 Abs. 3 BGB berufen**. Dabei ist vor allem zu beachten, dass der Besitzer die Kosten der Gewinnung der Nutzungen bereicherungsmindernd absetzen kann. **333**

d) „Rechtsgrundloser" redlicher Besitzer, § 988 BGB analog?

(1) „Rechtsgrundlos gleich unentgeltlich"?

Ausgangspunkt ist ein Wertungswiderspruch: Veräußert der Eigentümer eine Sache und ist nur der Kaufvertrag nichtig, kann der Veräußerer nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB das (infolge des Abstraktionsprinzips wirksam geleistete) Eigentum *und* nach § 818 Abs. 1 Fall 1 BGB die vom Besitzer gezogenen *Nutzungen* herausverlangen. Sind hingegen sowohl der Kaufvertrag als auch die Übereignung nichtig (Doppelmangel), kann der Veräußerer, der Eigentümer geblieben ist, nur die Herausgabe der Sache verlangen; ein Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen scheidet hingegen nach § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB aus. Der Käufer, der Eigentümer geworden ist, steht danach (wegen § 818 Abs. 1 BGB) schlechter als der Käufer, der nur den Besitz erlangt und Nutzungen nicht herausgeben muss; auf der anderen Seite steht besser, wer Besitz *und Eigentum* verloren hat, **334**

gegenüber dem, der nur Besitz rechtsgrundlos überträgt, aber Eigentümer bleibt. Dieses Ergebnis wird zu Recht als unbefriedigend angesehen.

335 Die **Rechtsprechung** stellt daher den *rechtsgrundlosen Besitzer dem unentgeltlichen Besitzer gleich* mit der Folge, dass der Eigentümer vom rechtsgrundlosen Besitzer analog § 988 BGB Herausgabe der Nutzungen verlangen kann, wenn das obligatorische Geschäft nichtig ist.

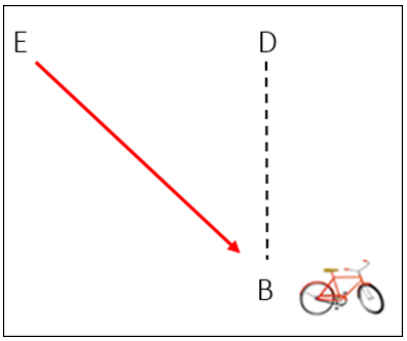
336 In der **Literatur** herrscht hingegen die Auffassung, trotz § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB sei der *rechtsgrundlose Besitzer der Leistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) unterworfen* und hafte auf Herausgabe der Nutzungen nach § 818 Abs. 1 Fall 1 BGB. Danach soll die Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 BGB gelockert werden.

(2) Beispiele

337 *Beispiel (1)* (Nach RGZ 163, 348 ff.): E ist unerkannt geschäftsunfähig und veräußert sein Grundstück an B; Kauf und Übereignung sind nichtig. B bestellt das Feld und erntet.

Klar ist, dass B das Grundstück an E herausgeben muss (§ 985 BGB). Nach dem Wortlaut des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 könnte B aber die Ernte (Nutzungen) behalten. Stellt man indes mit der Rechtsprechung den rechtsgrundlosen Erwerb dem unentgeltlichen gleich, so muss B die Ernte analog § 988 BGB herausgeben, kann aber die Aufwendungen hierfür nach § 818 Abs. 3 BGB absetzen; § 988 BGB verweist auf §§ 818 ff. BGB. Ebenso im Ergebnis die Literatur, die die Leistungskondiktion trotz § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB zulässt und den B nach §§ 812 Abs. 1 Fall 1, 818 Abs. 1 Fall 1 BGB auf Herausgabe der Nutzungen haften lässt, wiederum unter Abzug der Aufwendungen für die Fruchtziehung.

338 *Beispiel (2):* D verkauft ein dem E gestohlenes Fahrrad an den redlichen B. Der Kaufvertrag ist nichtig.



Setzt man mit der **Rechtsprechung** rechtsgrundlosen Erwerb dem unentgeltlichen gleich, muss B dem E das Fahrrad sowie analog § 988 BGB die Nutzungen herausgeben und kann seinerseits den geleisteten Kaufpreis (nur) bei D kondizieren.

Die Gleichstellung von unentgeltlichem und rechtsgrundlosem Erwerb im Dreiecksverhältnis ist jedoch bedenklich. § 988 BGB beruht auf dem Gedanken, dass der Besitzer für den Besitz keine Gegenleistung erbracht hat. Der rechtsgrundlose Besitzer hingegen erbringt Vermögensopfer (Zahlung des Kaufpreises usw.). Diese kann er zwar vom Verkäufer (= D) zurückfordern, er trägt aber das Risiko der Durchsetzung dieses Anspruchs; dem E kann B die Rückforderung des Kaufpreises nicht einwenden.

339 Folgt man der herrschenden **Literaturmeinung**, kann E zwar das Fahrrad nach § 985 BGB vindizieren, nicht aber die Nutzungen kondizieren. Die Nutzungen kann D bereicherungsrechtlich herausverlangen: D hat B den Besitz geleistet, und dieses Leistungsverhältnis soll der möglichen Eingriffskondiktion hinsichtlich der Nutzungen vorgehen (so *Medicus/Petersen*, BR, Rn. 600). Bei dieser Lösung kann B mit seinem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aufrechnen, steht also besser.

Die Lösung der Literatur erlaubt es, den Vorrang einer Leistungsbeziehung zu berücksichtigen, während die Rechtsprechung über § 988 BGB nur die Rechtsfolgen in §§ 818 ff. BGB aufgreift.

> *Hinweis:* Ist das Fahrrad *nicht* abhanden gekommen, stellt sich die Frage, ob im Rahmen des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB der rechtsgrundlose dem unentgeltlichen Erwerb gleichzustellen ist; die Interessenlage und Argumente sind vergleichbar, → Rn. 121.

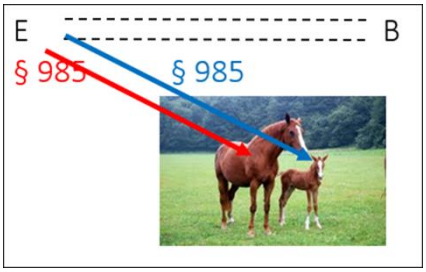
4. Der unredliche Besitzer

a) § 990 Abs. 1 BGB

340 Der unredliche Besitzer hat nach §§ 990 Abs. 1, 987 BGB dem Eigentümer alle gezogenen und schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen (Verweisung in § 990 BGB auch auf § 987 *Abs. 2* BGB!) herauszugeben.

341 *Beachte*: Regelmäßig wird der bösgläubige Besitzer wegen § 955 Abs. 1 *Satz 2* BGB *nicht* Eigentümer der Sachfrüchte. Dann besteht ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis hinsichtlich der Muttersache *und* hinsichtlich der Frucht.

> *Beispiel:* E verkauft und übereignet B eine Stute, die ein Fohlen zur Welt bringt. Kaufvertrag und Übereignung werden später von E wirksam angefochten (§ 142 Abs. 1 BGB). B kannte den Anfechtungsgrund von Anfang an.
>
> Da B den Anfechtungsgrund kannte, ist er nach § 142 Abs. 2 BGB als bösgläubig zu behandeln. B erwirbt daher *nicht* das Eigentum an dem Fohlen (§ 955 Abs. 1 Satz 2 BGB), sondern E (§ 953 BGB).
>
> E kann damit Herausgabe des Besitzes am Fohlen nach § 985 BGB *und* – über § 142 Abs. 2 BGB gilt B als bösgläubiger Besitzer der Mutterstute – nach §§ 990, 987 Abs. 1 BGB verlangen.

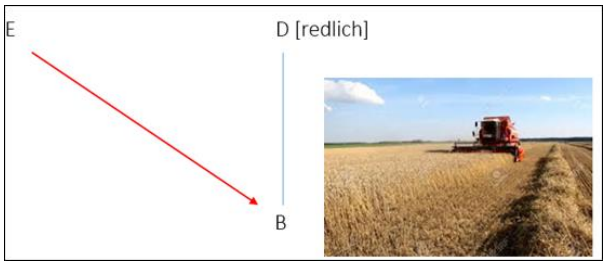


> Verstirbt das Fohlen infolge mangelhafter Pflege des B, kann E nach §§ 990 Abs. 1, 989 BGB Schadensersatz verlangen, denn auch hinsichtlich des Fohlens bestand ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.

b) § 991 Abs. 1 BGB (Haftungseinschränkung)

342 § 991 Abs. 1 BGB gilt, wenn ein Besitzmittelverhältnis vorliegt. § 991 Abs. 1 BGB schränkt den Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen gegen den bösgläubigen unmittelbaren Besitzer ein, der Nutzungen nur herauszugeben hat, wenn (auch) der mittelbare Besitzer unredlich ist. Diese Begünstigung dient dem *Schutz* des redlichen, dem Eigentümer nach § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB nicht zur Herausgabe von Nutzungen verpflichteten *mittelbaren* Besitzers, der keinen Regressansprüchen des Besitzmittlers aus dem zwischen ihnen bestehenden schuldrechtlichen Rechtsverhältnis unterworfen sein soll.

Beispiel: Der redliche D verpachtet am 1.2. einen dem E gehörenden Acker an den zunächst ebenfalls redlichen B; in dem Pachtvertrag wird B die Nutzziehung ausdrücklich garantiert. Am 1.3. wird der Acker an B übergeben. Am 1.4. erfährt B von E, dass der Acker E gehört. Im Sommer erntet B Getreide.



Ohne § 991 Abs. 1 BGB müsste B das **Getreide** nach §§ 990 Abs. 1 *Satz 2*, 987 BGB dem E herausgeben, denn er war ab 1.4. und damit bei Fruchtziehung bösgläubig. B könnte aber bei D aus der Garantie (und wegen eines Rechtsmangels nach §§ 581 Abs. 2, 536 Abs. 3 [und Abs. 1], 536a BGB) Rückgriff nehmen, insbesondere den Pachtzins zurück- und ggf. Schadensersatz verlangen. Der redliche D würde im Ergebnis seine Nutzungen (Pachtzinsen sind Früchte [§ 99 Abs. 3 BGB]) verlieren, obgleich er sie dem Eigentümer gegenüber nach § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB nicht herausgeben muss (es sei denn, man rechnet die Bösgläubigkeit des Besitzmittlers B dem mittelbaren Besitzer D nach § 166 BGB oder § 831 BGB zu, → D.I.3.b).

Wurde keine Garantie abgegeben und kennt B das Eigentum des E schon bei Vertragsschluss, schliessen §§ 581 Abs. 2, 536b Satz 1 BGB den Anspruch aus §§ 536, 536a BGB aus. Entgegen dem zu weiten Wortlaut kommt § 991 Abs. 1 BGB in diesem Fall zugunsten des B nicht zur Anwendung.

Unberührt bleibt in allen Fällen der Anspruch des E gegen B auf Herausgabe des **Grundstücks**; insoweit privilegiert § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB den redlichen Besitzer ohnehin nicht.

5. Deliktsbesitzer

Wer sich den Besitz durch eine Straftat oder durch verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB) verschafft hat, haftet auf Schadensersatz nach §§ 823 ff. BGB, wie § 992 BGB ausdrücklich klarstellt. Insbesondere sind auch §§ 848 - 851 BGB zu beachten. **343**

Naturalrestitution nach § 249 BGB bedeutet, dass der Besitzer den Eigentümer so zu stellen hat, als habe er ihm den Besitz nicht vorenthalten. Zu ersetzen sind also auch die Nutzungen, die der Eigentümer gezogen hätte.

→ dazu im Teil III den Fall „Scherben bringen Glück“ S. 139.

Weithin wird vertreten, dass der Besitzer auch diejenigen Nutzungen zu erstatten habe, die er gezogen hat, die der Eigentümer jedoch nicht gezogen hätte. Eine solche schadensunabhängige Nutzungsherausgabe ist nur nach §§ 987, 990 BGB zu bejahen. **344**

6. Inhalt der Herausgabeanspruchs

Die Herausgabe der Nutzungen erfolgt bei Sach- und Rechtsfrüchten in natur, solange sie noch vorhanden sind. Der Besitzer hat sie dem Eigentümer der Hauptsache zu **übereignen** und den Besitz daran zu verschaffen. **345**

Ist der Eigentümer der Hauptsache nach § 953 BGB Eigentümer der Früchte geworden, weil der Besitzer unredlich ist (§ 955 Abs. 1 Satz 2 BGB), ist der Herausgabeanspruch ein dinglicher Anspruch nach § 985 BGB. Dann genügt die Besitzverschaffung.

Bei verbrauchten Früchten, Gebrauchsvorteilen und schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen (§ 987 Abs. 2 BGB) trifft den Besitzer eine Pflicht zur Wertvergütung.

Der Besitzer ist dem Eigentümer nach § 260 BGB ferner zur **Auskunft** über die gezogenen Nutzungen verpflichtet, wenn der Herausgabeanspruch dem Grunde nach besteht. **346**

Zur Wiederholung eignet sich *Fall 12*, S. 79 sowie der Porschefall I S. 141 ff. und der Zuchtstutenfall S. 141

III. Anspruch auf Schadensersatz

1. Der redliche Besitzer

a) Unverklagter redlicher Besitzer

Nach § 823 Abs. 1 BGB würde der Besitzer bei jeder Fahrlässigkeit zum Schadensersatz verpflichtet sein. Ist eine Vindikationslage gegeben, haftet der Besitzer auf Schadensersatz wegen Verschlechterung der Sache oder Unvermögen zur Herausgabe nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. BGB nur unter den Voraussetzungen des § 992 BGB (Straftat, verbotene Eigenmacht); im übrigen schliesst § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB eine Schadenshaftung des unverklagten, redlichen Besitzers aus; das ergibt auch ein Umkehrschluss aus § 989 BGB. **347**

Die Haftungsfreistellung erfasst auch den unentgeltlichen Besitzer, der in § 988 BGB nur hinsichtlich der Nutzungen anders als der entgeltliche Besitzer gestellt wird.

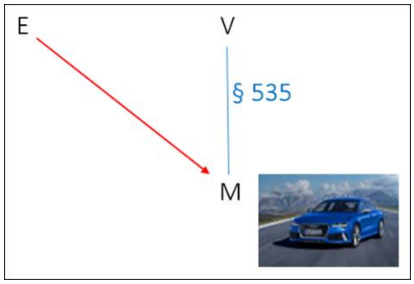
Redlich ist nach § 990 Abs. 1 BGB, wer beim Besitzerwerb ohne grobe Fahrlässigkeit an sein Besitzrecht glaubt und auch später keine Kenntnis vom fehlenden Besitzrecht erlangt. **348**

Unter diesen Voraussetzungen haftet der Besitzer auch nicht bei vorsätzlicher Sachbeschädigung oder -zerstörung. Die Bereicherungshaftung wegen Veräußerung (§ 816 Abs. 1 BGB) oder Verbrauch (Eingriffskondiktion, § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB) bleibt allerdings unberührt.

b) § 991 Abs. 2 BGB (Haftungserweiterung)

Eine Sonderregelung enthält § 991 Abs. 2 BGB beim Besitzmittlungsverhältnis: Auch der **redliche** *Fremd*besitzer haftet dem Eigentümer gegenüber ausnahmsweise nach § 991 Abs. 2 BGB **auf Schadensersatz**, weil und soweit er einem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist. Die Haftungsprivilegierung des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB tritt zurück, wenn der Besitzer damit rechnen muss, für die schädigende Handlung in Anspruch genommen zu werden, wenn auch nicht vom Eigentümer, so doch von dem mittelbaren Besitzer. **349**

Beispiel: V vermietet einen dem E gestohlenen Pkw an M. M beschädigt den Pkw bei einem Verkehrsunfall, den er fahrlässig verursacht. E verlangt von M Schadensersatz.



§ 823 BGB ist ausgeschlossen, § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB. M haftet dem E ferner nicht nach §§ 989, 990 BGB, weil er weder verklagt noch unredlich (er glaubt an sein Besitzrecht aus dem Mietvertrag V/M) ist. Allerdings wusste M, dass die Sache nicht ihm gehörte; nur über des möglichen Eigentümers befand er sich im Irrtum. Soweit M dem V gegenüber aus dem Mietvertrag haftet, trifft ihn gemäß § 991 Abs. 2 BGB auch eine Haftung gegenüber dem Eigentümer; dabei kommen ihm freilich auch im Vertrag vereinbarte Haftungsprivilegien zugute.

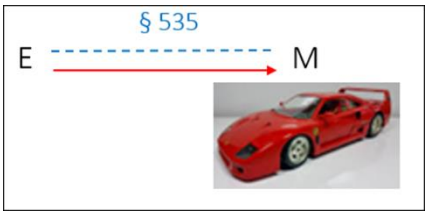
Der Schadensersatzanspruch des V gegen M aus dem Mietvertrag nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bleibt von § 991 Abs. 2 BGB unberührt; der Schaden des V kann darin bestehen, dass er als mittelbarer Besitzer seinerseits dem E nach §§ 989, 990 BGB wegen der Beschädigung haftet.

Leistet der nach wie vor redliche M Schadensersatz an V, wird er *analog* § 851 BGB gegenüber E frei, und E kann sich nur an V halten (neben Ansprüchen aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auch nach § 816 Abs. 2 BGB).

c) „Fremdbesitzerexzess“

350 Nicht ausdrücklich im BGB geregelt ist der Fall, dass der redliche *Fremd*besitzer mit der Sache in einer Weise verfährt, die ihn bei Bestehen des Besitzrechts zum Schadensersatz verpflichten würde.

Beispiel: M mietet vom Eigentümer E einen Pkw. Der Mietvertrag ist nichtig. Infolge Unachtsamkeit verursacht der von der Wirksamkeit des Vertrags ausgehende und daher redliche M einen Unfall, bei dem der Pkw beschädigt wird.



Hier haftet M nicht nach §§ 990, 989 BGB, weil er an sein Recht zum Besitz glaubt und nicht verklagt ist. § 823 Abs. 1 BGB käme wegen der Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB ebenfalls nicht zur Anwendung. Freilich ist kein Grund ersichtlich, den M hier besser zu stellen, als er stünde, wenn der Mietvertrag wirksam wäre; in diesem Fall würde er nach § 823 Abs. 1 BGB und § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein; § 538 BGB wäre nicht gegeben.

351 Der redliche unrechtmäßige Fremdbesitzer haftet dem Eigentümer daher auf Schadensersatz, weil er auch bei Bestehen des angenommenen Besitzrechts haften würde.

Umstritten ist, ob die Haftung des Fremdbesitzers im Exzess auf § 823 Abs. 1, § 991 Abs. 2 BGB analog oder §§ 990 Abs. 1, 989 BGB zu stützen ist. Nach der Angleichung der Verjährungsvorschriften durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (2002) hat die Streitfrage an Bedeutung verloren.

d) Verklagter redlicher Besitzer

352 Mit Klageerhebung verschärft sich die Haftung des unrechtmäßigen Besitzers: Er hat nach **§ 989 BGB** für *jedes Verschulden* einzustehen, auch für leichte Fahrlässigkeit. Die Verschuldensfähigkeit richtet sich nach § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB. Verschulden des gesetzlichen Vertreters und von Erfüllungsgehilfen („Bewahrungsgehilfen“) muss sich der Besitzer nach § 278 BGB zurechnen lassen.

Ob der Besitzer durch die Klageerhebung unredlich geworden ist oder weiterhin an sein Besitzrecht glaubt, ist unerheblich. Mit Klageerhebung muss sich der Besitzer auf die Herausgabe einstellen und wird wie ein Verwalter der Sache behandelt.

Geht der Eigentümer im Prozess vom Herausgabeanspruch auf den Schadensersatzanspruch über, liegt eine nach § 264 Nr. 3 ZPO zulässige Klageänderung vor.

2. Unredlicher Besitzer

353 Der unredliche Besitzer wird in **§ 990 Abs. 1 BGB** dem **Prozessbesitzer gleichgestellt**. Er haftet für jedes Verschulden, durch das die Sache verschlechtert wird oder infolge Zerstörung oder aus einem anderen Grunde (insbesondere Weitergabe an Dritte) nicht herausgegeben werden kann. Auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen entsprechen denen bei § 989 BGB.

Die Haftungsverschärfung beim unredlichen Besitzer tritt ein mit Rücksicht auf dessen Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis vom Fehlen des Besitzrechts: Wer weiss, dass er nicht zum Besitz berechtigt ist (oder sich dieser Einsicht beim Besitzerwerb grob fahrlässig verschliesst), den trifft gegenüber dem Eigentümer eine gesteigerte Verantwortlichkeit.

Zu beachten ist, dass die Schadenshaftung nach § 990 BGB mitunter schärfer ist als §§ 823 ff. BGB: Der Besitzer hat Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen und gesetzlichen Vertreter ohne die Möglichkeit des Entlastungsbeweises nach § 278 BGB zu vertreten.

Beachte: § 990 Abs. 1 ZPO begründet keine Zufallshaftung! Erst bei **Verzug** mit der Herausgabe der Sache haftet der Besitzer nach §§ 990 Abs. 2, 287 Satz 2 BGB sogar für **Zufall**, es sei denn, der Schaden wäre auch beim Eigentümer entstanden.

3. Verzugsbesitzer, § 990 Abs. 2 BGB

354 § 990 Abs. 2 BGB verschärft die Haftung des Besitzers, der sich mit der Herausgabe der Sache in Verzug befindet. Der Verzugsbesitzer hat nach **§§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB** den gesamten **Schaden** des Eigentümers zu ersetzen; dazu gehört (anders als bei § 987 Abs. 2 BGB) auch der Ersatz für Nutzungen, die nicht der Besitzer, sondern nur der Eigentümer ziehen konnte. Den Besitzer trifft ferner die **Zufallshaftung** nach § 287 Satz 2 BGB.

355 Die Verzugshaftung nach § 990 Abs. 2 BGB setzt darüber hinaus die allgemeinen Erfordernisse des Verzugs nach § 286 BGB voraus, insbesondere Mahnung bzw. Klageerhebung und Verschulden.

Zu beachten ist, dass auch der *unredliche* Besitzer die Sache *unverschuldet* nicht herausgeben kann, z. B. wenn er zwar weiss, dass er nicht zum Besitz berechtigt ist, aber einen anderen als den Kläger für den Eigentümer hielt.

Die Haftungssteigerung nach § 990 Abs. 2 BGB setzt ferner die Unredlichkeit des Besitzers voraus. Ist der Besitzer bei Besitzerlangung redlich, erfordert die Verzugshaftung nach § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB Kenntnis vom fehlenden Besitzrecht; die bloße Klageerhebung genügt nicht (BGH NJW 1993, 389, 392). **356**

4. Deliktsbesitzer

Hat der Besitzer die Sache durch eine strafbare Handlung oder durch verbotene Eigenmacht erlangt, haftet er nach §§ 823 ff. BGB auf Schadensersatz. § 992 BGB beseitigt die Sperre des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB und bildet daher eine **Tatbestandsverweisung auf das Deliktsrecht**, keine eigenständige Anspruchsgrundlage. Regelmäßig konkurrieren jedoch Ansprüche aus §§ 989, 990 BGB mit denen aus §§ 992, 823 ff. BGB. **357**

Als strafbare Handlungen kommen *gegen das Eigentum* gerichteten Straftaten in Betracht (Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei). Die **verbotene Eigenmacht** (§ 858 Abs. 1 BGB) muss (hier) **schuldhaft** begangen worden sein.

→ dazu den Fall „Scherben bringen Glück“ S. 139.

5. Inhalt des Schadensersatzanspruchs

Der verklagte oder unredliche Besitzer haftet für Verschlechterung, Untergang der Sache und sonstige Unfähigkeit zur Herausgabe. Verschlechterung ist jede Beeinträchtigung der Sachsubstanz oder der Funktionsfähigkeit der Sache. **358**

Untergegangen ist die Sache, wenn sie physisch vernichtet worden ist (das Auto verbrennt), ferner, wenn sie mit anderen Sache verbunden (§§ 946, 947 BGB) oder vermischt (§ 948 BGB) wird. Mit § 989 BGB konkurriert der Anspruch nach §§ 951, 812 BGB. **359**

„Sonstige Gründe“ der Nichtherausgabe meint alle Umstände, die zum Besitzverlust des verklagten Besitzers geführt haben. Hierzu gehört vor allem die Veräußerung der Sache; erlangt der Erwerber (gutgläubig oder aufgrund § 185 BGB) Eigentum, konkurriert mit dem Anspruch aus § 989 BGB der Erlösherausgabeanspruch nach § 816 Abs. 1 BGB. **360**

Der Schadensersatzanspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass Eigentümer die Möglichkeit hat, die Sache vom neuen Besitzer (auch über § 727 ZPO) heraus zu verlangen. Bei Sachweitergabe darf der Eigentümer freilich durch Leistung des Schadensersatzes nicht besser gestellt werden. Nach § 255 BGB muss der Gläubiger des Schadensersatzanspruchs daher dem Schadenersatzpflichtigen das Eigentum übertragen. **361**

> *Beispiel*: Der bösgläubige B verkauft und übereignet eine dem E gestohlene Sache an D. Die Übereignung ist zunächst wegen § 935 BGB unwirksam. B muss Schadensersatz nach §§ 989, 990 BGB leisten, aber nur gegen Übereignung der Sache (Anspruchsgrundlage: § 255 BGB). Da E keinen obligatorischen Herausgabeanspruch gegen D hat, vollzieht sich die Übereignung durch schlichte Einigung (str.; a.A. *Brehm/Berger*, Sachenrecht, Rn. 27.46, §§ 931, 985 BGB, damit der Besitzer nach § 986 Abs. 2 BGB Einreden dem Erwerber entgegenhalten kann). Wenn dies erfolgt, wird D nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB (Sacherwerb!) Eigentümer! Damit hat B den Kaufvertrag erfüllt und es entfällt auch der Rechtsmangel (*Jauernig/Berger*, BGB, § 435 Rn. 5, str.) und die Haftung des B nach §§ 435, 437 BGB.

IV. Ersatz von Verwendungen

→ dazu im Teil II den *Fall 15*, S. 85; im Teil III den Fall „Diebstahl der Zuchtstute“, insbes. S.148; den Porschefall II Variante I S. 144 ff. und *Musielak*, Referendarexamensklausur, JuS 2006, 50.

1. Überblick

Hatte der herausgabepflichtige Besitzer Aufwendungen getätigt, um die Sache zu erhalten oder zu verbessern (Reparatur, Pflege, Fütterung …), wird er bemüht sein, sie vom Eigentümer ersetzt zu bekommen. Dies vor allem dann, wenn der Besitzer als redlicher Eigenbesitzer meinte, seine eigene Sache zu verbessern. Der Eigentümer hingegen will Verwendungen auf seine Sache regelmäßig nicht erstatten, die er nicht selbst veranlasst hat. **362**

> Anders als bei Nutzungsherausgabe und Schadensersatz kehren sich die Rollen also um: Der Besitzer will etwas vom Eigentümer.

Ohne die Sonderregelung in **§§ 994 ff. BGB** würde der Besitzer gegenüber der Vindikation einen Ausgleich nur nach **Bereicherungsrecht** (bei Eigentumsverlust an zu wesentlichen Bestandteilen gewordenen Gegenständen über § 951 BGB) verlangen können; maßgeblich wäre danach allein, ob der Eigentümer etwas erlangt hat und durch die Verwendungen noch bereichert ist (vgl. § 818 Abs. 3 BGB; anders § 994 BGB!). – Ein Aufwendungsersatzanspruch des Besitzers nach den Grundsätzen der **Geschäftsführung ohne Auftrag** wäre nur gegeben, wenn die Verwendungen dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers entsprächen. Ferner wäre ein Fremdgeschäftsführungswille erforderlich. **363**

Der Interessenausgleich im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses setzt an bei der Differenzierung zwischen „notwendigen“ (§ 994 BGB) und sog. „nützlichen“ Verwendungen (§ 996 BGB). Notwendige Verwendungen (z. B. Wartung des Kfz) sind dem redlichen Besitzer stets zu ersetzen, nützliche (z. B. Effektlackierung des Kfz) nur, wenn die Wertsteigerung bei der Rückgabe der Sache an den Eigentümer noch vorhanden ist. **364**

Ebenso wie die Beschränkungen der Ansprüche des Eigentümers hinsichtlich Schadensersatz und Nutzungen knüpfen die Vorschriften über den Verwendungsersatz an die Überlegung an, den **redlichen Besitzer**, der sich für den Eigentümer der Sache hält, in seinem **Vertrauen** hierauf zu **schützen**. Nach Rückgabe der Sache soll er an seinem übrigen Vermögen keine Beeinträchtigungen erlitten haben. **365**

Für den unredlichen und den Prozessbesitzer bestimmt sich der Ersatz *notwendiger* Verwendungen nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag; es kommt vor allem auf den tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers (§§ 994 Abs. 2, 683 BGB) an. Sonstige Verwendungen werden dem unredlichen oder Prozessbesitzer nicht ersetzt. **366**

Rechtsfolgen: Sind danach Verwendungen zu ersetzen, hat der Besitzer gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers zunächst nur ein **Zurückbehaltungsrecht** (§ 1000 BGB). Ein *Anspruch* auf Ersatz besteht nur, wenn der Eigentümer die Sache **367**

entweder wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt (§ 1001 BGB). Wird die Genehmigung nicht erteilt, kann sich der Besitzer aus der Sache wegen der Verwendungen ähnlich *wie ein Pfandgläubiger* befriedigen (§ 1003 Abs. 1 Satz 2 BGB).

368 **Konkurrenz zu §§ 812 ff. BGB:** Verwendungen nach §§ 994 ff. BGB werden ohne Rechtsgrund erbracht und erfüllen damit zugleich den Tatbestand der Verwendungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB. Bei Verbindung gelten §§ 951, 946, 947 BGB. Jedoch verdrängen §§ 994 ff. BGB („Sperrwirkung") Bereicherungsansprüche auch hinsichtlich der Verwendungen, wie nicht allein das Wörtchen „*nur*" in § 996 Abs. 1 Satz 1 BGB belegt. Die Anwendung von Bereicherungsrecht würde die in §§ 994 ff. BGB vorgesehene differenzierende Abwägung von Interessen des Eigentümers und des Besitzers unterhöhlen.

2. Verwendungen

a) Verwendungsbegriff

369 Verwendungen sind Vermögensaufwendungen, die der Sache zugute kommen sollen, indem sie sie erhalten, wiederherstellen oder verbessern. Unzweifelhaft zu den **Verwendungen** nach §§ 994 ff. BGB zählen beispielsweise Aufwendungen für die Instandhaltung, etwa Wartungskosten für den Pkw und Fütterungskosten für ein Tier, Kosten der Unterstellung (Garagen-, Stallmiete), Aufwendungen für Reparatur und Verbesserung. Nach BGH NJW 1996, 921 fällt auch die Arbeitsleistung unter den Verwendungsbegriff, wenn sie einen Marktwert hat.

Keine Verwendungen sind die Aufwendungen für den Erwerb der Sache. Der Besitzer kann vom Eigentümer nicht Ersatz des an den Dieb bezahlten Kaufpreises verlangen. Das würde auf ein „Lösungsrecht" hinauslaufen.

370 Im Übrigen ist der Verwendungsbegriff ist umstritten. Er entscheidet über die Anwendbarkeit der §§ 994 ff. BGB. In der **Literatur** herrscht ein **weiter Verwendungsbegriff.** Verwendungen sind alle freiwilligen Vermögensaufwednungen, die der Sache zugute kommen.

Der **BGH** vertritt hingegen einen **engen Verwendungsbegriff**. Danach dürfen die Aufwendungen nicht zu einer grundlegenden Umgestaltung der Sache führen. BGHZ 41, 160 f.:

> „Verwendungen sind Vermögensaufwendungen, die der Sache zugute kommen sollen, ohne sie grundlegend zu verändern ... . Wie der erkennende Senat in BGHZ 10, 171 ausgeführt hat, fallen unter den Verwendungsbegriff nur diejenigen Maßnahmen, die darauf abzielen, den Bestand der Sache als solcher zu erhalten oder wiederherzustellen. Das kann, handelt es sich um ein Grundstück, zwar unter Umständen auch im Wege der Bebauung geschehen, etwa wenn ein vom Hochwasser gefährdetes Grundstück durch Errichtung eines Deiches geschützt oder ein abschüssiges Grundstück durch Bau einer Stützmauer vor dem Abgleiten bewahrt wird; ebenso stellt möglicherweise die Anlegung eines Stalles auf einem landwirtschaftlichen oder eines Kesselhauses auf einem industriellen Grundstück eine Verwendung dar. Der Senat hat es aber in jener Entscheidung als etwas durchaus anderes bezeichnet, wenn der Besitzer auf einem bisher unbebauten Grundstück ein Wohnhaus, eine Lagerhalle oder ein Fabrikgebäude errichtet; dann werde durch den Bau nicht das Grundstück in seinem Bestand verbessert, sondern sein Zustand verändert, indem es fortan für einen Zweck benutzt werde, dem es bisher nicht gedient habe; in solchen Fällen sei die Errichtung des Bauwerks keine Verwendung auf das Grundstück im Rechtssinne, wie sie denn auch im Sprachgebrauch nicht als Grundstücksverwendung bezeichnet werde."

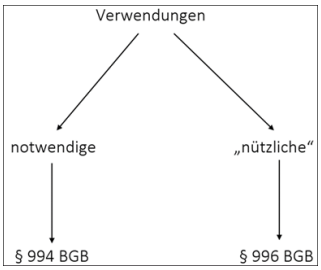
371 Der Begriff der Verwendungen gewinnt danach insbesondere bei der Bebauung eines Grundstücks große Bedeutung. Dient die Bautätigkeit dazu, eine bereits vorhandene Bebauung zu erhalten oder zu verbessern, liegen auch nach dem Verwendungsbegriff des BGH im Rahmen der §§ 994, 996 BGB ersatzfähige Verwendungen vor. Die Aufwendungen für die Bebauung eines bislang unbebauten Grundstücks bilden nach der Rechtsprechung hingegen keine Verwendungen gemäß §§ 994 ff. BGB. Der enge Verwendungsbegriff bewirkt, dass der Eigentümer die regelmäßig besonders hohen Aufwendungen für eine Bebauung durch den redlichen Besitzer nicht nach § 994 BGB ersetzen muss.

Diese Rechtsprechung ist sehr eigentümerfreundlich: Der Grundgedanke der §§ 987 ff. BGB, das Vertrauen des redlichen Besitzers hinsichtlich von Aufwendungen auf sein vermeintliches Eigentum zu schützen, wird nicht gewahrt, wenn der Besitzer ausgerechnet bei hohen Aufwendungen keinen Ersatz soll verlangen können und auf sein Wegnahmerecht nach § 997 BGB verwiesen wird.

→ den Überbaufall Fall 15.

b) Arten der Verwendungen

372 §§ 994, 996 BGB unterscheiden zwischen „notwendigen" und „andere(n) als notwendige(n) Verwendungen".



Notwendig im Sinne von § 994 BGB sind Verwendungen, die **objektiv erforderlich sind**, um die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand einschließlich ihrer Nutzungsfähigkeit zu erhalten oder wiederherzustellen.

Die Notwendigkeit richtet sich nach einem **objektiven Maßstab** aus einer **ex-ante-Betrachtung** (lesenswert BGH NJW 1996, 921, 922, auch zur Arbeitsleistung als „Verwendung"). Notwendige Verwendungen sind daher auch Aufwendungen für einen fehlgeschlagenen Rettungsversuch (tierärztliche Honorare, obgleich das Pferd verendet); auch kommt es nicht darauf an, ob die Sache zum Zeitpunkt der Rückgabe noch werterhöht ist (anders im Bereicherungsrecht).

Alle anderen („nützlichen") Verwendungen werden nur unter den Voraussetzungen des § 996 BGB ersetzt. Die Verwendungen müssen für den Eigentümer zum Zeitpunkt der Rückgewähr des Sache werterhöhend sein. Der bösgläubige oder verklagte Besitzer kann Ersatz nicht verlangen.

3. Ersatz von Verwendungen

→ dazu den Porschefall II Variante I S. 144 ff.

a) Der redliche Besitzer

(1) Notwendige Verwendungen kann der redliche unverklagte Besitzer nach **§ 994 Abs. 1 Satz 1 BGB** *stets ersetzt verlangen*. Unerheblich ist, ob die Verwendung zu einer Wertsteigerung der Sache geführt hat. Auch kommt es nicht darauf an, ob der Eigentümer eigene Aufwendungen erspart hat. **373**

> *Beispiel:* Lässt der redliche Besitzer das einsturzgefährdete Haus durch Sicherungsmaßnahmen abstützen, kann er die Kosten dafür ersetzt verlangen, auch wenn das Haus später doch einstürzt oder wenn der Eigentümer es ohnehin abreissen wollte. – Der Besitzer steht hier sehr viel besser als nach Bereicherungsrecht und GoA.

Da der redliche unverklagte Besitzer die Nutzungen behalten darf, muss er auch die **gewöhnlichen Erhaltungskosten** selbst **tragen**, § 994 Abs. 1 Satz 2 BGB. Darunter fallen die zur Erhaltung der Sache erforderlichen regelmäßig wiederkehrenden Ausgaben. Es wäre unbillig, dem Eigentümer die Nutzungen vorzuenthalten und ihm zudem noch mit dem Ersatz laufender Ausgaben, die gewöhnlich zur Gewinnung der Nutzungen erforderlich sind, zu belasten. **374**

Der redliche Besitzer wird nicht schlechter gestellt, als wenn er seiner Vorstellung gemäß Eigentümer der Sache wäre; träfe dies nämlich zu, müsste er ebenfalls die laufenden Erhaltungskosten aus den Nutzungen bestreiten.

> *Beispiel:* B ist redlicher Besitzer eines Pkws, den er tageweise vermietet. Die Kosten für Inspektion, Pflege und Unterstellung in einer Garage kann B nicht vom Eigentümer E ersetzt verlangen. Das gilt auch dann, wenn die laufenden Erhaltungskosten höher als die Nutzungen sind, denn die Folgen unwirtschaftlichen Verhaltens würden den B auch treffen, wenn er, wie er meint, Eigentümer wäre.

Für **Lasten** der Sache trifft **§ 995 Satz 1 BGB** eine besondere Regelung. Unter Lasten versteht man die mit der Sache verbunden Zahlungspflichten, etwa Hunde- und Grundsteuern, Versicherungsprämien, Zinsen und Tilgungskapital für Grundpfandrechte. Diese sind dem Besitzer nach Maßgabe des § 994 Abs. 1 BGB grundsätzlich wie Verwendungen zu ersetzen. **375**

Eine Ausnahme besteht nach § 995 Satz 2 BGB, der demselben Rechtsgedanken wie § 994 Abs. 1 Satz 2 BGB folgt: Nicht zu ersetzen sind danach diejenigen Aufwendungen, die als laufende Ausgaben zu verstehen sind, beispielsweise Zinsen für Grundpfandrechte, denn insoweit verbleiben dem Besitzer die Nutzungen. Nach § 995 Satz 2 BGB ersatzfähig ist aber das Tilgungskapital für Grundpfandrechte. **376**

(2) Alle **anderen** (nicht unter §§ 994 f. BGB fallenden) **Verwendungen** sind dem redlichen Besitzer nur zu ersetzen, wenn sie den *Wert* der Sache zur Zeit der Wiedererlangung durch den Eigentümer noch *erhöhen*, **§ 996 BGB**. Der Besitzer trägt hier also das Risiko, dass die von ihm gemachten Verwendungen den Wert der Sache im Zeitpunkt der Rückgabe an den Eigentümer nicht mehr erhöhen. **377**

Die **Wertbestimmung** hat **objektiv** zu erfolgen. Ob sich die Sache infolge der Verwendungen für den Eigentümer persönlich (subjektiv) als brauchbar erweist, ist unerheblich. Auch Werterhöhungen, die der Eigentümer nicht für sich persönlich ausnutzen kann, sind zu erstatten. **378**

> *Beispiel:* Der redliche, an den Rollstuhl gebundene B ist Besitzer eines Grundstücks und baut das darauf stehende Haus behindertengerecht um. Hier kann er vom Eigentümer Ersatz nach § 996 BGB verlangen, auch wenn dieser mit den eingebauten Behinderteneinrichtungen nichts anfangen kann.

Einschränkungen erfährt der Verwendungsersatzanspruch beim **Fremdbesitzer**, der nur nach Maßgabe seines vermeintlichen Besitzrechts Ersatz verlangen kann. Der unrechtmäßige Fremdbesitzer soll nicht besser gestellt werden, als er stünde, wenn das von ihm angenommene Besitzrecht entstanden wäre (Wertung des § 991 Abs. 2 BGB). **379**

> *Beispiel:* Ist der Rollstuhlfahrer B nur Mieter des Hausgrundstücks und der Vertrag nichtig, kann er nicht nach § 996 BGB Ersatz der Umbaukosten für behindertengerechtes Wohnen verlangen, vgl. dazu die Wertung in § 554a Abs. 2 BGB.

b) Unredlicher und verklagter Besitzer

(1) Der unredliche und der verklagte Besitzer können **nur** den Ersatz **notwendiger** Verwendungen verlangen. **§ 994 Abs. 2 BGB** verweist zudem auf die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag. Erforderlich ist danach, dass der Eigentümer die notwendigen Verwendungen entweder genehmigt (§ 684 Satz 2 BGB) oder sie seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprechen (§ 683 BGB), was bei notwendigen Verwendungen oft, aber nicht ausnahmslos der Fall ist. **380**

§ 994 Abs. 2 BGB bildet eine *partielle* Rechtsgrundverweisung. Ein *Fremdgeschäftsführungswille*, der bei *Eigen*besitzern nicht gegeben ist, ist *nicht erforderlich*. **381**

> *Beispiel:* B ist redlicher, aber vom Eigentümer E auf Herausgabe verklagter Besitzer eines mit einem einsturzgefährdeten Haus bebauten Grundstücks. B ergreift Maßnahmen, um den Einsturz abzuwenden.
>
> Wollte E das Haus ohnehin abreißen, kann B keinen Ersatz verlangen, da die notwendigen Verwendungen nicht seinem Willen entsprachen. Ob B den Willen erkennen konnte, spielt keine Rolle. Der entgegenstehende Wille des E ist allerdings nach §§ 683 Satz 2, 679 BGB unbeachtlich, wenn E aus bauordnungsrechtlichen Gründen zur Abstützung des Hauses verpflichtet war.

(2) Liegen die genannten Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag *nicht* vor, soll der Besitzer gleichwohl nach §§ 994 Abs. 2, 684 *Satz 1* BGB Herausgabe des Werts der notwendigen Verwendungen nach Bereicherungsrecht verlangen. Diese Ansicht ist freilich *umstritten*. Folgt man ihr, kommt es darauf an, ob E objektiv bereichert ist. **382**

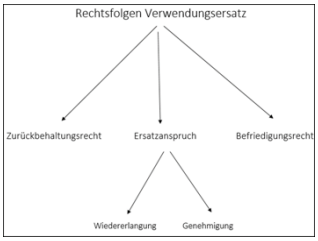
(3) **Andere Verwendungen** (als „notwendige“) kann der unredliche oder verklagte Besitzer nicht ersetzt verlangen, selbst wenn die Sache dadurch erheblich an Wert gewinnt, § 996 BGB. Ihm bleibt nur ein **Wegnahmerecht**, § 997 BGB. **383**

> Zum Wegnahmerecht bei Verbindung *Beil/Wüsternberg* JuS 2019, 205.

Ausnahmsweise sieht § 998 BGB für nicht vom landwirtschaftlichen Grundstück getrennte Früchte (sonst § 102 BGB) Verwendungsersatz vor.

4. Rechtsfolgen des Verwendungsersatzes

384 Kann der Besitzer Verwendungen ersetzt verlangen, bedeutet das **nicht ohne weiteres**, dass er einen entsprechenden **Anspruch** gegen den Eigentümer hat. Ein Anspruch auf Ersatz der Verwendungen setzt nach § 1001 BGB voraus, dass der Eigentümer die Sache entweder wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Der Eigentümer soll nicht gegen seinen Willen Verwendungen ersetzen müssen, wenn er die Sache nicht zurück erhält. Ohne Genehmigung hat der Besitzer allerdings ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB und ein Befriedigungsrecht nach § 1003 BGB.



a) Zurückbehaltungsrecht

385 Der Besitzer hat nach § 1000 Satz 1 (Ausnahme: Satz 2) BGB das Recht, die Herausgabe der Sache zu verweigern, bis er wegen der ersatzfähigen Verwendungen befriedigt wird.

Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts führt analog § 274 Abs. 1 BGB zur Verurteilung des Besitzers auf Herausgabe der Sache Zug um Zug gegen Ersatz der Verwendungen. Ein Recht zum Besitz folgt aus dem Zurückbehaltungsrecht nicht. Der Eigentümer kann die Ausübung analog § 273 Abs. 3 BGB abwenden. Zur Zwangsvollstreckung vgl. § 756 ZPO.

b) Ersatzanspruch

(1) Wiedererlangung

386 Einen fälligen Ersatzanspruch und damit das Recht, vom Eigentümer Ersatz des Werts der Verwendungen in Geld zu verlangen, hat der Besitzer nur, wenn der Eigentümer entweder die Sache wiedererlangt und damit die eventuellen Vorteile der Verwendungen gewinnt oder die Verwendungen genehmigt, § 1001 Satz 1 BGB.

387 Beachte: Stellt der Eigentümer, der die Verwendungen nicht genehmigt hat, nach der Wiedererlangung der Sache fest, dass die Verwendungen für ihn uninteressant sind oder den Wert der Sache übersteigen, kann er sie zurückgeben und wird nach § 1001 Satz 2 BGB von der Ersatzpflicht frei. Mit der Rückgabe kann der Eigentümer also seine durch § 1001 Satz 1 BGB zunächst entstandene Gesamtvermögenshaftung für Verwendungen auf die Sache beschränken.

Das Eigentum wird durch die Rückgabe nicht übertragen: Wird die Sache nach § 1003 Abs. 1 Satz 2 BGB versteigert, gebührt der Übererlös dem Eigentümer.

388 Hat der Besitzer dem Eigentümer die Sache zurückgegeben, so erlischt der Verwendungsersatzanspruch in den Fristen des § 1002 BGB.

(2) Genehmigung

389 Mit der Genehmigung nach § 1001 Satz 1 Fall 2 BGB erklärt sich der Eigentümer mit den Verwendungen **einverstanden**. Sie ist eine **geschäftsähnliche Handlung**, so dass die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB analog angewandt werden können. Die Genehmigung wird wirksam mit Zugang (§ 130 BGB analog); sie kann von einem Stellvertreter erklärt werden (§ 164 BGB analog); der Eigentümer kann sie wegen eines Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften der Verwendungen anfechten (§ 119 Abs. 2 BGB analog).

390 Nimmt der Eigentümer die ihm vom Besitzer unter Vorbehalt des Verwendungsersatzanspruchs angebotene Sache zurück, fingiert **§ 1001 Satz 3 BGB** die Genehmigung. Daher ist Vorsicht geboten: Der Eigentümer verliert die Möglichkeit, die Haftung für Verwendungen nach § 1001 Satz 2 BGB durch Rückgabe der Sache zu beschränken, wenn er die ihm vom Besitzer unter Vorbehalt der Verwendungen angebotene Sache zurücknimmt.

> → dazu BGH NJW 2002, 2875 = JuS 2002, 1230 *Karsten Schmidt*: Anspruch auf Verwendungsersatz, Genehmigung iSd §§ 1001, 1002 BGB, auch i.S. einer vorherigen Einwilligung (auch Nutzungsersatz).

c) Befriedigungsrecht

391 Genehmigt der Eigentümer die Verwendungen nicht, hat der Besitzer der Sache keinen Anspruch auf Ersatz der Verwendungen in Geld. Er kann sich allerdings nach § 1003 BGB aus der Sache nach den Vorschriften der Pfandverwertung befriedigen. Ein echtes Pfandrecht erlangt der Besitzer nicht; es fehlt an einer Forderung.

392 Voraussetzung der Befriedigung ist die Aufforderung an den Eigentümer, die Verwendungen innerhalb einer bestimmten Frist zu genehmigen; ferner muss der Besitzer den verlangten Betrag der Verwendungen angeben. Lässt der Eigentümer die Frist verstreichen, kann der Besitzer die Sache verwerten. Diese Bestimmung ist für den Eigentümer überaus **gefährlich:** Setzt der Besitzer die Frist nach § 1003 Abs. 1 BGB und erklärt sich der Eigentümer nicht oder verweigert er die Genehmigung, kann er die Sache nicht mehr herausverlangen, weil das **Befriedigungsrecht** ein **Recht zum Besitz** gibt.

Richtige Reaktion des Eigentümers: § 1003 Abs. 2 BGB: Den Anspruch bestreiten.

d) Eigentümer- und Besitzerwechsel

393 Veräußert der *Besitzer* die Sache und erwirbt der Erwerber (z. B. wegen § 935 Abs. 1 BGB) kein Eigentum, kann der Erwerber nach § 999 Abs. 1 BGB auch solche Verwendungen ersetzt verlangen, für die der Vorbesitzer Ersatz verlangen konnte.

Beim *Eigentümer*wechsel kann der Besitzer dem neuen Eigentümer gegenüber auch Verwendungen geltend machen, die er vor dem Erwerb des jetzigen Eigentümers vorgenommen hat, § 999 Abs. 2 BGB. Auch diese Bestimmung erweist sich als bedenklich, wenn der Erwerber den Wert der Verwendungen bereits als Kaufpreis entrichtet hat. In der Zwangsversteigerung besteht keine Erwerberhaftung, § 93 Abs. 2 ZVG.

5. Abtrennungsrecht

394 Der Besitzer kann eine Sache, die er mit der herauszugebenden Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden hat, abtrennen und sich aneignen, § 997 Abs. 1 BGB. Das Abtrennungsrecht ist häufig wirtschaftlich bedeutungslos.

Gehört die verbundene Sache nicht dem Besitzer, kann der frühere Eigentümer der verbundenen Sache sie nach § 951 Abs. 2 Satz 2 BGB wegnehmen.

Voraussetzung des § 997 Abs. 1 BGB ist, dass die verbundene Sache wesentlicher Bestandteil der herauszugebenden Sache wird, weil nur unter dieser Voraussetzung der Besitzer sein Eigentum nach §§ 946 f. BGB verliert. Ist dies nicht der Fall, verbleibt der Besitzer Eigentümer der verbundenen Sache und kann sie ohne weiteres wieder an sich nehmen. **395**

Solange der Besitzer noch im Besitz der herauszugebenden Sache ist, kann er die verbundenen Bestandteile abtrennen; eine Eigentumsverletzung liegt darin nicht. Allerdings muss der Abtrennungsberechtigte nach §§ 997 Abs. 1 Satz 2, 258 BGB die Sache auf eigene Kosten wieder in den vorherigen Zustand versetzen. Ist der Eigentümer (oder ein Dritter) im Besitz der Sache, kann der Wegnahmeberechtigte Duldung der Trennung verlangen; unter den Voraussetzungen des § 258 Satz 2 BGB ist er zur Sicherheitsleistung verpflichtet. **396**

Ausgeschlossen ist das Abtrennungsrecht nach § 997 Abs. 2 BGB, wenn die Verwendung zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten zählte und der Besitzer die Nutzungen behalten darf (Einbau einer zerbrochenen Scheibe), ferner wenn die Trennung für den Besitzer keinen Nutzen hat (Tapeten und Farbe) und schließlich, wenn der Eigentümer sein Abwendungsrecht ausübt, indem er dem Besitzer den Wert der Sache ersetzt, den sie nach der Abtrennung hat. **397**

Prüfung Verwendungen in der Klausur

Folgende **Prüfungsreihenfolge** kann für die Klausurbearbeitung empfohlen werden:

Voraussetzungen:

- Vindikationslage (auch nachträgliche)?
- Liegen Verwendung vor (hier: enger/weiter Verwendungsbegriff)?
- Notwendige oder sonstige Verwendungen?
- Besitzer redlich oder unredlich/verklagt?

Rechtsfolgen:

- Zurückbehaltungsrecht
- Ersatzanspruch
- Befriedigungsrecht
- Ggf. Wegnahmerecht

Konkurrenzen
Sperrwirkung zu:

- § 812 BGB (Verwendungskondiktion)
- § 951 BGB
- GoA

*
Zur Wiederholung und Vertiefung von Besitzschutz, wesentlicher Bestandteilsbegriff, EBV-Verwendungen → Fall 11.

E. Der Erbschaftsanspruch

I. Überblick 56
II. Reichweite des Herausgabeanspruchs 56
III. Folgeansprüche 56

Literatur: *Olzen*, JuS 1989, 374; *Richter*, Zum Verhältnis Erbschaftanspruch – Herausgabeanspruch JuS 2008, 97-101.

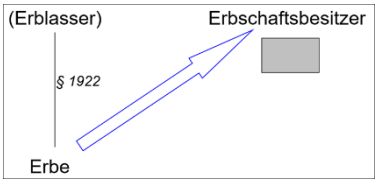
Fallbearbeitung: Fall 16, S. 82; ferner: *Werner*, Der praktische Fall - Zivilrecht - Tod in den Bergen, JuS 2000, 779; *Reiter*, Jura 2008, 294-299.

I. Überblick

398 Der Erbschaftsanspruch nach §§ 2018 ff. BGB bildet eine den § 985 BGB und die §§ 987 ff. BGB modifizierende Sonderregelung.

Gemäß § 1922 BGB geht das Vermögen des Erblassers mit dem Erbfall auf den Erben über. Nicht immer steht der Erbe sogleich fest. Nicht selten nimmt jemand, der sich für den Erben hält (häufig Kinder oder Ehegatten), den Nachlass in Besitz und Verwaltung (sog. „Erbschaftsbesitzer"). Erst später wird ein Testament gefunden, das eine andere Person als Erben bestimmt. Dann stellt sich die Frage, welche Ansprüche der Erbe gegenüber dem Erbschaftsbesitzer hat.

399 **§ 2018 BGB** regelt einen besonderen **Herausgabeanspruch**, wenn der Nachlass im Besitz eines Erbschaftsbesitzers ist. Voraussetzung des § 2018 BGB ist eine „Erbrechtsanmaßung" beim Besitzer; der Besitzer muss als *vermeintlicher Erbe* den Nachlass in Besitz nehmen, „auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts". Der Dieb, der einen Gegenstand aus dem Nachlass entwendet, fällt daher nicht unter §§ 2018 ff. BGB; er haftet ganz gewöhnlich nach §§ 992, 823 BGB.



Die Vorschriften gelten auch gemäß § 2030 BGB gegenüber dem Erbschaftskäufer, der den Nachlass vom Erbschaftsbesitzer erwirbt (§ 2371 BGB; § 2366 BGB gilt hier nicht, nur beim Einzelerwerb von Nachlassgegenständen), nicht aber für den Erben, der die Erbschaft ausschlägt (§§ 1943 ff. BGB). Hier findet ein Ausgleich nur nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag statt (§ 1959 BGB).

Bei **Miterben** ist § 2039 BGB zu beachten: Jeder Miterbe kann den Erbschaftsanspruch selbstständig geltend machen, aber Leistung nur an alle Miterben verlangen. Der Erbschaftsanspruch kann sich auch *gegen* einen Miterben richten, der sich eine Alleinerbenstellung anmaßt.

400 §§ 2018 ff. BGB dienen dem **Schutz des Erben**:

- Es handelt sich um einen „Gesamtanspruch"; der Anspruch ist gerichtet auf alle aus dem Nachlass erlangten Sachen („des Erlangten"), nicht nur auf einzelne Gegenstände.
- Die Aktivlegitimation beruht allein auf der Erbenstellung. Der Kläger muss nur seine Erbenstellung, nicht aber sein Eigentum, (früheren) Besitz, Forderungsinhaberschaft usw. schlüssig vortragen bzw. beweisen. Für die Herausgabepflicht genügt es, dass der Gegner etwas aus dem *Nachlass* erlangt hat. Es kommt nicht darauf an, ob der Erbe Eigentümer ist.
- Herauszugeben sind auch Surrogate, § 2019 BGB.
- Auskunftsanspruch § 2027 BGB (allgemein zu Auskunftsansprüchen: *Lorenz* JuS 1995, 569).
- § 27 ZPO: Klage am letzten Wohnsitz des Erblassers möglich.

401 Das Verhältnis der §§2018 ff. BGB zu §§ 985 ff. BGB und anderen Anspruchsgrundlagen ist in **§ 2029 BGB** gregelt. Die Norm stellt klar, dass der Erbe gegen den Erbschaftsbesitzer auch die Einzelansprüche aus §§ 985, 861 [iVm § 857 BGB!], 823, 812 BGB geltend machen kann. Die Reichweite der Haftung bestimmt sich aber stets nach den §§ 2018 ff. BGB.

Beispiel: Verlangt der Erbe nach § 985 BGB eine Sache heraus, kann der Erbschaftsbesitzer nach § 2022 Abs. 2 BGB auch Ersatz für beglichene Nachlassverbindlichkeiten verlangen, was er nach §§ 994, 996 BGB nicht könnte.

Klausurhinweis: Wegen § 2029 BGB immer mit der Prüfung der §§ 2018 ff. BGB beginnen!

II. Inhalt des Herausgabeanspruchs

402 Herauszugeben sind gemäß § 2018 BGB die Gegenstände des Nachlasses. Die Haftung des Erbschaftsbesitzers bestimmt sich nach Bereicherungsrecht, § 2021 BGB. Insbesondere kann sich der redliche Erbschaftsbesitzer auf § 818 Abs. 3 BGB berufen.

Zum Schutze des Erben sieht § 2019 BGB eine Surrogationsregelung vor: Verfügt der Erbschaftsbesitzer (als Nichtberechtigter!) über Nachlassgegenstände, tritt die Gegenleistung auch *dinglich* an die Stelle des ursprünglichen Nachlassgegenstands. Ein Zwischenerwerb des Erbschaftsbesitzers findet nicht statt.

III. Folgeansprüche

403 Ebenso wie beim Vindikationsanspruch stellen sich auch beim Erbschaftsanspruch die Folgefragen nach Schadensersatz, Nutzungen und Verwendungen:

- Anspruchsgrundlage für **Schadensersatz** sind §§ 2023 f. BGB; dies entspricht §§ 989, 990 BGB. Es haftet nur der verklagte bzw. bösgläubige, nicht der redliche Erbschaftsbesitzer.

- Nach §§ 2020 f. BGB muss der Erbschaftsbesitzer *alle* **Nutzungen** herausgeben. Eine Privilegierung wie zugunsten des redlichen Besitzers im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis findet nicht statt! Diese Regelung entspricht aber § 988 BGB; auch der Erbschaftsbesitzer hat den Besitz ja *unentgeltlich* erlangt.
- Der Erbschaftsbesitzer kann nach § 2022 Abs. 1 BGB *alle* **Verwendungen** ersetzt verlangen, sogar Zahlungen auf Verbindlichkeiten für den Nachlass, § 2022 Abs. 2 BGB; darunter fallen auch Erbschaftssteuern! § 2022 BGB geht deutlich über §§ 994, 996 BGB hinaus. Voraussetzung ist aber Redlichkeit des Erbschaftsbesitzers, vgl. § 2023 Abs. 2 BGB.

Zur Vertiefung → Fall 16, S. 87.

404

IV. Exkurs: Weitere Fälle der Surrogation (neben § 2019 BGB)

Literatur: *Wolf*, JuS 1975, 643, 710; 1976, 32, 104; *Coester-Waltjen*, Jura 1996, 24.

Bei der Surrogation wird das Eigentum an einer Sache durch das Eigentum an anderer Sache ersetzt. Surrogationsregeln dienen häufig dem Schutz von (Sonder-)Vermögen. An die Stelle nur schuldrechtlicher Ansprüche auf den Wert der Sache tritt der dingliche Anspruch auf das Surrogat. Wichtig sind folgende Fälle:

- § 2041 BGB für Miterbengemeinschaft. § 2041 Fall 1 BGB nennt man „Ersatzsurrogation“, § 2041 Fall 2 BGB nennt man „rechtsgeschäftliche Surrogation“;
- § 2111 BGB Vorerbschaft/Nacherbschaft;
- §§ 1473 Abs. 1, 1418 Abs. 2 Nr. 3 BGB;
- § 582a Abs. 2 Satz 2 BGB

Merke: Die dingliche Surrogation durchbricht die Rechtsfolgen der Erwerbstatbestände. Nicht der Erwerber wird Eigentümer oder sonstiger Rechtsinhaber, sondern der von der Surrogationsnorm Bestimmte. Es kommt zu einer **Wirkungsverlagerung** der Rechtsfolgen des Erwerbstatbestands, ohne dass dies offenkundig werden muss. Das Offenkundigkeitsprinzip der Stellvertretung gilt nicht.

F. Geschäftsführung ohne Auftrag

I. Begriff und Anwendungsbereich 58

II. Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag 59
1. Voraussetzung 59
a) Geschäftsbesorgung 59
b) Fremdes Geschäft 59
c) Fremdgeschäftsführungswille 59
d) Wille und Interesse des Geschäftsherrn 60
e) Fehlen einer Geschäftsbesorgungsberechtigung 61
2. Rechtsfolgen der GoA 62
a) Pflichten des Geschäftsführers 62
b) Pflichten des Geschäftsherrn 62

III. Die unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag 63

IV. Die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag 63

Literatur: *Henssler*, Grundfälle im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 1991, 924; *Martinek/Theobald*, JuS 1997, 612, 805, 992; 1998, 27; *Hey*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 2009, 400; *Petersen*, Die Entstehung und Prüfung von Ansprüchen, Jura 2008, 18. *Lorenz*, Grundwissen Zivilrecht: Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 2016, 12.

Fallbearbeitung: Teil II: Fall 3, S. 70, Fall 13, S. 82, Fall 17, S. 84, Fall 18, S. 90, Fall 20, S. 92; ferner zur Einführung unten im Teil III die Fälle „Vorbildlicher Jungjurist" etc. S. 151 ff; *Fritzsche/Thamm*, Examensklausur ZR – Der untreue Treuhänder, Jura 2006, 375; *Musielak*, Original-Referendarexamensklausur – Bürgerliches Recht: Probleme des Verwendungsersatzes, JuS 2006, 50.

Übersichten zur GoA und zu den Ansprüchen aus GoA: Teil III, S. 160 f.

I. Begriff und Anwendungsbereich

405 Unter Geschäftsführung ohne Auftrag versteht man das **Tätigwerden** des Geschäftsführers in einem **fremden Rechtskreis**, dem des Geschäftsherrn, ohne dass ein Auftrag oder eine anderweitige Berechtigung vorliegt. Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind geregelt in §§ 677 ff. BGB.

Beispiele: Nothilfe (Unfallrettung, Brandlöschung), Zahlung fremder Schulden, Kauf für einen anderen, Veräußerung einer fremden Sache usw.

Vor der Übernahme des Geschäfts liegt zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherr **keine Sonderverbindung** vor. Geschäftsführung ohne *„Auftrag*" ist daher zu eng: Geschäftsführung ohne Auftrag scheidet auch aus, wenn ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegt oder Eltern für ihr Kind im Rahmen der elterlichen Sorge tätig werden. – Erst durch die Geschäftsführung entsteht kraft Gesetzes eine Sonderverbindung und damit das gesetzliche Schuldverhältnis nach §§ 677 ff. BGB mit Rechten und Pflichten beider Beteiligter.

406 Die **Funktionen** der §§ 677 ff. BGB sind dementsprechend mannigfach:

(1) Schutz des im Interesse des Geschäftsherrn handelnden Geschäftsführers:

- § 680 BGB sieht eine Haftungsprivilegierung bei Gefahrenabwehr vor
- ferner steht dem Geschäftsführer ein Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683, 670 BGB zu

(2) Abwehr unerwünschter Einmischungen:

- nach § 677 BGB hat der Geschäftsführer Rücksicht zu nehmen auf Interesse und Willen des Geschäftsherrn
- der Geschäftsführer schuldet Schadensersatz bei Übernahmeverschulden, § 678 BGB
- der Geschäftsherr hat einen Herausgabeanspruch nach §§ 681 Satz 2, 667 BGB

407 Bei den **Arten** der Geschäftsführung ohne Auftrag unterscheidet man:

(1) **Berechtigte Geschäftsführung** ohne Auftrag; sie ist gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 677 BGB erfüllt sind: die Geschäftsführung entspricht dem mutmaßlichen Willen und Interesse des Geschäftsherrn.

- Rechtsfolge (Überblick): Es entsteht ein auftragsähnliches gesetzliches Schuldverhältnis; insbesondere ist der Geschäftsführer zum Aufwendungsersatz berechtigt (§ 683 BGB); die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag ist zudem *Rechtsgrund* für Vermögensverschiebungen und Rechtfertigungsgrund.

(2) **Unberechtigte Geschäftsführung** ohne Auftrag; die Geschäftsführung entspricht nicht dem mutmaßlichen Willen oder dem Interesse des Geschäftsherrn.

- Rechtsfolge: Der Eingriff in den fremden Rechtskreis ist rechtswidrig (Schadensersatz nach § 678 BGB) und rechtsgrundlos (§§ 684 Satz 1, 812 ff. BGB); der Geschäftsherr kann ihn aber genehmigen, §§ 684 Satz 2, 184 BGB.

(3) **Unechte Geschäftsführung** ohne Auftrag; es liegt ein Fall des § 687 BGB vor. Es fehlt am Fremdgeschäftsführungswillen.

- Man unterscheidet: § 687 Abs. 1 BGB: irrtümliche Fremdgeschäftsführung; § 687 Abs. 2 BGB: unerlaubte Eigengeschäftsführung („Geschäftsanmaßung").

II. Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

1. Voraussetzungen

a) Geschäftsbesorgung

Die Geschäftsbesorgung nach § 677 BGB umfasst **tatsächliche** und **rechtliche** Handlungen. Der Begriff ist weit zu verstehen. **408**

Beispiele:

Tatsächliche Handlungen: Nothilfe (Brandbekämpfung, BGHZ 40, 28); Aufnahme eines verirrten Kindes / Tieres; Herumreißen des Lenkrads zwecks Kollisionsvermeidung (BGHZ 38, 270); Blumengießen, Tierpflege, Gehwegreinigung

Rechtliche Handlungen: Erwerb einer Sache für einen anderen (Briefmarke, Münze, Fußballticket); Erfüllung fremder Verbindlichkeiten

Bei **Minderjährigen** ist zu beachten: **409**

Da die Geschäftsführung kein Rechtsgeschäft ist, kann auch ein *Minderjähriger* sie ohne weiteres vornehmen. Eine Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ist nicht erforderlich. Als Geschäfts**führer** haftet der Minderjährige indes nur nach deliktsrechtlichen und bereicherungsrechtlichen Grundsätzen, § 682 BGB (vgl. §§ 828, 818 Abs. 3 BGB). Es ist also für die Haftung auf seine Einsichtsfähigkeit abzustellen.

Ist umgekehrt der *Minderjährige* Geschäfts**herr**, so entsteht das Rechtsverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag zwischen ihm und dem Geschäftsführer; allerdings ist im Rahmen der §§ 683, 684 Satz 2 BGB auf den Willen des gesetzlichen Vertreters abzustellen.

→ *Fall 20*, S. 92.

b) Fremdes Geschäft

Nach § 677 BGB muss der Geschäftsführer das Geschäft „für einen anderen" vornehmen. Es muss sich also um ein fremdes Geschäft handeln. Man unterscheidet insoweit: **410**

- **Objektiv fremdes** Geschäft. Der Geschäftsführer wird in einem Bereich tätig, der rechtlich einem anderen zugewiesen ist.

  Beispiel: Vermietung einer fremden Sache; Aufnehmen eines fremden Kleinkinds, das den Eltern weggelaufen ist (elterliche Sorge).

- **Objektiv neutrales** Geschäft. Hier wird das Geschäft erst durch den Willen des Geschäftsführers zu einem fremden.

  Beispiel: Kauf einer wertvollen Münze für den befreundeten Münzsammler.

Problematisch ist das **„Auch-fremde"-Geschäft:** Der Geschäftsführer G erledigt ein eigenes und *zugleich* ein fremdes Geschäft. Damit wird der Anwendungsbereich der GoA erheblich erweitert. **411**

Beispiel: BGHZ 40, 28 – *Funkenflug*: Die Feuerwehr löscht einen Brand. Dazu ist sie nach den öffentlich-rechtlichen Feuerwehrgesetzen verpflichtet. Sie erfüllt also eine eigene Pflicht. Dies schliesst es aber nach Ansicht des BGH nicht aus, dass sie zugleich das Geschäft eines Dritten besorgt, in BGHZ 40, 28 die Brandbekämpfung zugunsten der (damaligen) Bundesbahn.

Weiteres Beispiel BGHZ 110, 313: § 683 bei Störungsbeseitigung; näher dazu *Fall 17*, S. 89.

c) Fremdgeschäftsführungswille

Ein Fremdgeschäftsführungswille ist Voraussetzung der GoA. Fehlt er, liegt nach § 687 Abs. 1 BGB keine GoA vor. **412**

- Bei objektiv neutralen Geschäften ist der Fremdgeschäftsführungswille bereits nötig, um die Fremdheit zu begründen.

  Beispiel: Der Geschäftsführer erwirbt eine Briefmarke für den befreundeten Sammler.

- Bei einem objektiv fremden Geschäft wird der Fremdgeschäftsführungswille vermutet.

- Grundsätzlich wird auch bei „Auch-fremden"-Geschäften der Fremdgeschäftsführungswille vermutet, nochmals BGHZ 40, 28 – *Funkenflug*.

Neuerdings ist der BGH jedoch etwas *zurückhaltender* mit der *Vermutung* eines Fremdgeschäftsführungswillens bei „Auch-fremden"-Geschäften (lesenswert *Falk*, JuS 2003, 833). **413**

In BGH NJW 2000, 72 hatte ein „Erbensucher" den Erben eines Vermögens ermittelt und diesem den Abschluss eines Auskunftsvertrags über die Details angeboten. Der Erbe war darauf nicht eingegangen und hatte selbständig den Nachlass ermittelt. Der Erbensucher wollte seine Aufwendungen ersetzt haben und verlangte 20 % Honorar aus dem erwarteten Erbteil als übliche Vergütung aus GoA. **414**

BGH: Die Aufwendungen werden nicht erstattet; es sei das **Risiko** des Erbensuchers, sie umsonst getätigt zu haben. Jeder trägt das Risiko, dass sich **Aufwendungen zur Anbahnung eines Vertrags als überflüssig** erweisen. Die Verhältnisse seien **anders** als bei der **Erfüllung eines nichtigen Vertrags** (dazu unter e); insoweit bleibt es nach BGH bei der Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens. Der BGH hat seine Rechtsprechung in BGH NJW-RR 2006, 656 nochmals bestätigt.

Fehlt es am Fremdgeschäftsführungswillen, greifen die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht ein, § 687 Abs. 1 BGB; die Rechtsfolgen der Tätigkeit richten sich nach Delikts- und Bereicherungsrecht, ggf. nach dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. **415**

416 Ein **Irrtum** über die **Person** des **Geschäftsherrn** ist **unbeachtlich**. Nach **§ 686 BGB** entsteht das Rechtsverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag mit dem **wirklichen** Geschäftsherrn. Die Bestimmung kann aber nur bei einem objektiv fremden Geschäft eingreifen, da bei einem objektiv neutralen Geschäft die Willensrichtung des Geschäftsführers auch den Geschäftsherrn festlegt.

> *Beispiel:* Nachbar N nimmt vom Paketzusteller ein Paket entgegen in der Überzeugung, es sei für den Hausmitbewohner A bestimmt. Später stellt N fest, dass das Paket an B gerichtet ist, der mit N verfeindet ist. N kümmert sich daher nicht weiter um das Paket.
>
> Hier entsteht mit Entgegennahme des Pakets das Rechtsverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag zwischen N und dem Adressaten B. N haftet ggf. auf Schadensersatz (§ 280 BGB) wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht nach § 677 BGB. Ferner ist an die Verletzung der Anzeigepflicht nach § 681 Satz 1 Fall 1 BGB zu denken.

d) Wille und Interesse des Geschäftsherrn

417 Wille und Interesse des Geschäftsherrn bilden wichtige Kriterien für das Entstehen einer *berechtigten* Geschäftsführung ohne Auftrag.

„Wille und Interesse" haben Bedeutung wie folgt:

- In § 677 BGB bestimmen „Wille und Interesse" das vom Geschäftsführer geschuldete Handeln;
- In § 683 Satz 1 BGB sind sie Voraussetzung für einen Aufwendungsersatzanspruch.

418 Kennt der Geschäftsführer den *wirklichen* Willen, hat er sich danach zu richten. Andernfalls entscheidet der mutmaßliche Wille, der vielfach dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht.

Ein Problem stellt sich bei Kollision von Interesse und Wille. Das Interesse kann objektiv, der Wille subjektiv zu bestimmen sein. Was geht vor? Im Zweifel der (interessenwidrige) Wille (str.). Zur Begründung kann der Selbstbestimmungsgedanke herangezogen werden.

BGH NJW 2016, 2407 formuliert wie folgt:

> **12** bb) Da sich hiernach der wirkliche Wille der Bekl. nicht feststellen lässt, kommt es entscheidend auf ihren mutmaßlichen Willen an. Das ist derjenige Wille, den der Geschäftsherr bei objektiver Beurteilung aller Umstände im Zeitpunkt der Übernahme geäußert haben würde. Mangels anderer Anhaltspunkte ist als mutmaßlicher Wille der Wille anzusehen, der dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht (vgl. *BGHZ* 47, 370 [374] = NJW 1967, 1959; *BGH*, NJW-RR 1989, 970; s. aus der Literatur MüKoBGB/*Seiler*, § 683 Rn. 10; *Palandt/Sprau*, BGB, 75. Aufl., § 683 Rn. 5; für den Fall des Abschleppens eines Fahrzeugs aA *Lorenz*, NJW 2009, 1025 [1027], der aber die

419 In den Fällen des **§ 679 BGB** ist ein entgegenstehender Wille unbeachtlich.

Voraussetzungen:

- Öffentlich-rechtliche Pflicht; hierzu zählen beispielsweise neben Polizei- und Umweltpflichten auch Verkehrssicherungspflichten.

  Beispiel: Halter H lässt seinen Pkw nachts an unbeleuchteter Stelle stehen.

- Privatrechtliche Pflicht nur bei Unterhaltsansprüchen; dahinter stehen freilich auch öffentliche Interessen, weil der Unterhaltsgläubiger andernfalls sozialhilfeberechtigt werden könnte.

420 § 679 BGB ist bedenklich, denn danach kann sich jeder zum Sachwalter öffentlich-rechtlicher Behörden erheben. Daher verlangt man eine konkrete Gefahr für *hochwertige* Rechtsgüter.

> *Klausurhinweis*: Bei Geschäftsführung gegen den Willen/das Interesse des Geschäftsherrn ist immer noch § 679 BGB zu prüfen, ferner an Genehmigung nach § 684 Satz 2 BGB denken.
>
> → Fall 13, S. 82 und Fall: „Dumm gelaufen", S. 157.

421 **Problem:** Rettung eines Selbstmörders.

Es gibt keine Rechtspflicht, Selbstmord zu unterlassen; daher ist § 679 BGB nicht unmittelbar einschlägig. Nach hM ist der der Rettung **entgegenstehende Wille** des Geschäftsherrn (Selbstmörders) **wegen Sittenverstoßes unbeachtlich**.

> Siehe dazu auch Fall: „Rentnerin in der Pleiße" dort Abwandlung 2 S. 154.

Beachte: Gesetzlicher Unfallversicherungsschutz des Nothelfers nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 SGB VII.

422 **Problem**: Bezahlung fremder Schulden

Zahlt ein Dritter fremde Schulden nach § 267 BGB, kann sich ein Anspruch aus § 683 Satz 1 BGB ergeben. Die Zahlung ist eine Geschäftsführung im fremden Rechtskreis (fremde Verbindlichkeit). Zweifelhaft dürfte häufig sein, ob sie im Interesse des Schuldners liegt. Das ist nicht der Fall, wenn er Einreden gegen die Forderung erheben kann, aufrechnen könnte usw. (vgl. die entsprechende Problematik bei der Rückgriffskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB). Im Interesse des Schuldners liegt die Drittzahlung dann, wenn damit eine („faktische") Stundung verbunden ist. Dann kann auch ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 683 Satz 1 BGB gegeben sein. In diesem Fall scheidet ein Anspruch aus Rückgriffskondiktion aus (diese ist subsidiär, s.o.).

Auch der Bürge kann einen Regressanspruch nach § 683 Satz 1 BGB haben.

> S. dazu unten Fall „Meine Schulden – Deine Schulden" S. 108 ff.

423 **Problem**: Abschleppfälle (dazu BGH NJW 2016, 2407; zum *Schadensersatzanspruch* beim Abschleppen – § 858 BGB als Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB – vgl. BGH NJW 2009, 2530).

Dazu *Martinek/Theobald*, JuS 1997, 805, 808; *Schwarz/Ernst*, NJW 1997, 2550 und unten den Fall „leidige Parkprobleme“ S. 161.

Beispiel: M ist Mieter eines Abstellplatzes in einer Tiefgarage. F hat seinen Pkw dort abgestellt. M ruft einen Abschleppunternehmer A und lässt den Pkw des F abschleppen. M verlangt von F Ersatz der Abschleppkosten, die er dem A entrichtet hatte.

Anspruchsgrundlage könnte auch hier ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 683 Satz 1 BGB sein. Voraussetzung ist, dass M ein Geschäft des F führt.

Der F war jedenfalls nach § 861 BGB zur Entfernung des Pkws verpflichtet (→ B.IV.3). Indem M den Pkw hat abschleppen lassen, hat er also F von einer Verbindlichkeit befreit. Folglich lag ein fremdes Geschäft vor.

Überaus zweifelhaft ist aber, ob dies auch im Interesse des F lag. § 679 BGB greift hier nicht ein. Im Interesse des F liegt das Abschleppen jedenfalls dann, wenn die Kosten geringer sind als der zu zahlende Schadensersatz. BGH NJW 2016, 2407 bejaht das Interesse auch des mit dem Fahrer nicht identischen Halters (!) am Abschleppen.

Problematisch könnte ferner sein, ob M überhaupt Geschäftsführer ist. Gehandelt hat A. Allerdings hat M das Abschleppen veranlasst. Man kann daher die Tätigkeit des A dem M zurechnen.

In Betracht kommt ferner ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des berechtigten Besitzes.

e) Fehlen einer Geschäftsbesorgungsberechtigung

Geschäftsführung ohne Auftrag scheidet aus, wenn bereits ein Rechtsverhältnis besteht, etwa ein Vertrag oder ein gesetzliches Rechtsverhältnis (Eltern-Kind-Verhältnis, Ehe). Es mus sich also nicht gerade um einen fehlenden „Auftrag“ handeln. **424**

Problem: GoA bei nichtigem Vertrag **425**

Der vermeintliche Schuldner S erfüllt Verbindlichkeiten gegenüber G; später stellt sich heraus, dass der Vertrag G/S nichtig ist. Kann S von G Aufwendungsersatz verlangen?

Beispiel (nach BGH NJW 1993, 3196): K kauft vom Bauträger V in notariell beurkundeter Form ein Grundstück zum Preis von 100.000 Euro. Am selben Tag noch schliessen beide unter Bezugnahme auf den notariellen Vertrag eine privatschriftliche Zusatzvereinbarung, worin der V auf dem Grundstück ein schlüsselfertiges Wohnhaus zum Preis von 250.000 Euro errichten soll. V hat Bauleistungen für 25.000 Euro erbracht. K erklärt V, er „kündige“ alle Verträge. V verlangt Zahlung in Höhe von 25.000 Euro.

Der Vertrag V/K ist nichtig nach § 125 BGB, weil nicht alle Abreden, die eine rechtliche Einheit bilden („miteinander stehen und fallen“) sollen, nach § 311b Abs. 1 BGB notariell beurkundet worden waren. **426**

Der BGH würde mit Blick auf die Leistung des V einen Fremdgeschäftsführungswillen bejahen. Zwar handelt V insoweit im eigenen Rechtskreis, als er sein Grundstück bebaut und eigene (vermeintliche) Pflichten erfüllen möchte; aber er erbringt auch Leistungen für K. **427**

Diese Rechtsprechung lässt sich unter die Fallgruppe „Auch-fremdes-Geschäft“ subsumieren. Das Ergebnis ist allerdings überaus problematisch! In der Literatur ist man mehrheitlich der Auffassung, es fehle am Fremdgeschäftsführungswillen, wenn jemand *eigene* (vermeintlich bestehende) Verbindlichkeiten erfülle. **428**

In der Tat liegt es näher, die Rechtsfolgen der Tätigkeit aufgrund eines nichtigen Vertrags allein nach Bereicherungsrecht zu bestimmen. Die Unterschiede zeigen sich bei §§ 818 Abs. 3, 814 BGB. **429**

Zum Problem der GoA neben der Erfüllung vertraglicher Pflichten vgl. Fall: „Viereckige Augen“ S. 158.

Problem: GoA bei Gefälligkeitsverhältnis **430**

Zwischen den Beteiligten ist mangels Rechtsbindungswillens kein Vertrag zustande gekommen, man handelt aus Gefälligkeit. Kann über GoA aus §§ 683, 670 BGB ein Aufwendungsersatzanspruch folgen?

Beispiel (nach BGH NJW 2015, 2880; dazu *Mäsch*, JuS 2016, 70): K fährt ihre Enkelin, die Mitglied in dem beklagten Sportverein ist, auf Bitten des Vereinsvorstands zu einer Hallenmeisterschaft. Auf der Fahrt dorthin kommt es zu einem Verkehrsunfall, bei dem K schwer verletzt wird. K verlangt ihren Schaden von dem Sportverein ersetzt nach § 670 BGB.

Hier kann man zunächst prüfen, ob ein Vertrag (Auftrag) zustande gekommen ist. Das setzt Rechtsbindungswillen voraus. Den kann man verneinen, da für beide Seiten keine wesentlichen Interessen wirtschaftlicher Art auf dem Spiel standen. Es liegt bei der Zusage, die Enkelin zu fahren, vielmehr eine Gefälligkeit des täglichen Lebens vor.

Da kein Auftrag geschlossen wurde, könnte an sich Geschäftsführung *ohne* Auftrag geprüft werden. Die Voraussetzung liegen auch vor (Geschäftsführung mit Fremdgeschäftsführungswille im [auch-]fremden Interesse ohne Auftrag). Gleichwohl lehnt der BGH die GoA ab. Eine Gefälligkeit sei kein „Geschäft“, und der Wille zur Fremdgeschäftsführung fehle bei Gefälligkeiten. Richtig überzeugend erscheinen die Begründungen nicht. Dem Ergebnis ist aber zuzustimmen: Wenn mangels Rechtsbindungswillen ein Auftrag fehlt (und damit kein vertraglicher Aufwendungsersatzanspruch besteht), kann man nicht aus demselben Grund GoA (und einen gesetzlichen Aufwendungsersatzanspruch) bejahen.

Problem: Bedeutung des § 241a BGB im Recht der GoA **431**

Literatur: *Tachau*, Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag als unbestellte Leistung? Zur Konkurrenz von § 683 BGB und § 241a BGB, Jura 2006, 889.

§ 241a BGB schliesst alle Ansprüche aus, die durch die Erbringung unbestellter Leistungen durch einen Unternehmer an einer Verbraucher entstehen könnten. Von § 241a BGB erfasst wird auch der Aufwendungsersatzanspruch nach § 683 Satz 1 BGB.

Beispiel: Gartenbauunternehmer G mäht in Abwesenheit der Hauseigentümer deren Rasen und pflanzt neue Bäume und Sträucher an.

Die Geschäftsführung ist objektiv fremd. Sie entsprechen auch dem mutmaßlichen Willen. Allerdings schliesst § 241a BGB jeden Anspruch aus, und zwar nicht nur § 683 Satz 1 BGB, sondern auch den Anspruch aus §§ 946, 94 Abs. 1 Satz 2, 951 BGB hinsichtlich der Bäume.

432 § 241a BGB ist teleologisch zu reduzieren, wenn es sich nicht um wettbewerbswidriges Verhalten handelt.

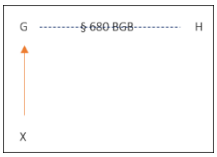
> *Beispiel*: Arzt A unternimmt eine Bahnfahrt. Sein Mitreisender M erleidet einen Herzanfall. A rettet ihm das Leben unter Aufwendung diverser mitgeführter Medikamente.

2. Rechtsfolgen der GoA

433 Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist ein auftragsähnliches gesetzliches Schuldverhältnis mit Rechten und Pflichten für beide Seiten.

a) Pflichten des Geschäftsführers

434 **Verhaltensmaßstab:** Grundsätzlich hat der Geschäftsführer das Geschäft nach Maßgabe des § 677 BGB zu führen, sich in seiner Geschäftsführung also am Willen und am Interesse des Geschäftsherrn auszurichten. § 677 BGB ist keine Anspruchsgrundlage. Ein Schadensersatzanspruch ergibt sich aus § 280 BGB.



Bei Nothilfe haftet der Geschäftsführer allerdings nur beschränkt nach § 680 BGB.

> *Beispiel:* G fährt das Unfallopfer H ins Krankenhaus. Infolge leichter Unachtsamkeit wird G in einen Verkehrsunfall mit X verwickelt, durch den weitere Schäden bei H entstehen. Hier haftet G wegen § 680 BGB nicht; die Bestimmung gilt auch für § 823 BGB, nicht aber gegenüber Dritten wie X.

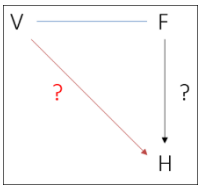
435 **Sonstige Pflichten (§ 681 BGB)**

- Anzeigepflicht, § 681 Satz 1 BGB; die Entscheidungen des Geschäftsherrn gehen vor; Weisungen sind zu beachten.
- Pflicht zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung, §§ 681 Satz 2, 666 BGB; dazu auch §§ 259, 260 BGB.
- Herausgabepflicht, §§ 681 Satz 2, 667 BGB.

436 **Weitere Rechtsfolgen** der Geschäftsführung ohne Auftrag:

- Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund (Feuerwehr betritt Haus zur Brandbekämpfung ohne Einwilligung des Hausrechtsinhabers); dazu *Hotz*, JuS 2019, 8.
- Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtsgrund nach § 812 BGB und als Recht zum Besitz gemäß § 986 BGB (keine verschärfte Haftung nach Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, wenn etwa der Geschäftsführer ein Postpaket für den Nachbarn entgegen nimmt).

437 *Beachte:* Geschäftsführung ohne Auftrag begründet **keine Vertretungsmacht**; vielmehr gelten die §§ 177 ff. BGB. Handelt jemand rechtsgeschäftlich *in fremdem Namen*, so kann Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen; es kommt im Außenverhältnis auf die Genehmigung nach § 177 BGB an.



> *Beispiel:* H ist Briefmarkensammler. Sein Freund F, der die Leidenschaft des H kennt, kauft für H in dessen Namen bei V eine wertvolle Briefmarke zum Preis von 200 Euro.

Grundsätzlich haftet F dem V nach § 179 BGB. Ist H im Nachhinein einverstanden, liegt darin eine Genehmigung nach § 177 BGB und *zugleich* nach § 684 Satz 2 BGB, so dass es auf die Frage des Willens/Interesses des H nicht mehr ankommt. V hat dann den Kaufpreiszahlungsanspreuch gegen H.

438 *Problem:* Besteht ein **Anspruch des F auf Genehmigung**? Grundsätzlich würde der Geschäftsführer F nach § 179 BGB haften, wenn die Genehmigung nicht erteilt wird. Liegen die Voraussetzungen des § 683 BGB vor, entspricht die Geschäftsführung also dem Willen und Interesse des Geschäftsherrn, könnte F freilich in Höhe der dem Verkäufer nach § 179 BGB erbrachten Leistung Aufwendungsersatz verlangen. Dies führt nach § 257 Satz 1 BGB zu einem Befreiungsanspruch. Daher ist es durchaus vertretbar, einen Anspruch F/H auf Genehmigung nach § 177 BGB anzunehmen, wodurch der Anspruch gegen F aus § 179 BGB erlischt.

b) Pflichten des Geschäftsherrn

439 Den Geschäftsherrn trifft die Pflicht zum **Aufwendungsersatz**, §§ 683 Satz 1, 670 BGB. Der Geschäftsherr muss dem Geschäftsführer alle Aufwendungen ersetzen, die dieser für erforderlich halten *durfte*.

Ein Aufwendungsersatzanspruch besteht daher auch dann, wenn die Geschäftsführung **keinen Erfolg** hatte. Das Erfolgsrisiko trägt der Geschäftsherr.

> *Beispiel*: Das Haus brennt trotz der Löschmaßnahmen des Geschäftsführers ab.

440 Der Geschäftsführer kann allerdings **keinen** Ersatz für seine **Tätigkeit als solche** („übliche Vergütung“) verlangen, etwa einen Stundensatz von 20 Euro berechnen. Anders analog § 1835 Abs. 3 BGB, wenn die Geschäftsführung zum Beruf des Geschäftsführers zählt (Feuerwehrmann löscht; Arzt rettet); dann ist die übliche Vergütung geschuldet (zuletzt BGH NJW 2015, 1020 – Kosten für Schlüsseldienst bei mangels Betreuerzustimmung nichtigem Vertrag). Darin liegt ein Unterschied zum Auftrag, der nach § 662 BGB immer unentgeltlich ist.

441 Der Begriff „Aufwendungen“ meint grundsätzlich *nur freiwillige* Vermögensopfer. Als Aufwendungen zu ersetzen sind nach hM allerdings auch **Schäden**, die sich als Realisierung der mit der Geschäftsführung verbundenen Gefahr darstellen.

> *Beispiel*: G fährt das Unfallopfer H ins Krankenhaus. Er kann Ersatz für die Reinigung der blutverschmierten Pkw-Sitze verlangen.
>
> → dazu außerdem Fall: „Rentnerin in der Pleiße“ S. 154

Leistungen der öffentlichen Unfallversicherung nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 SGB VIII sind im Wege des Vorteilsausgleichs anzurechnen.

→ ergänzend noch *Fall 5*, S. 73 und *Fall 18*, S. 90.

Beachte: Mehrere Geschäftsherrn haften als Gesamtschuldner für den Aufwendungsersatzanspruch. **442**

> *Beispiel*: A und B sind Miteigentümer eines Segelboots. A unternimmt einen „Segeltörn" auf der Ostsee, wo er in Seenot gerät. Für Aufwendungen des Retters R zur Rettung des Boots haften A und auch B nach §§ 421 ff. BGB. – Freilich kann B bei A Regress nehmen nach § 426 BGB.

III. Die unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

Die unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag liegt vor, wenn die Geschäftsführung weder dem Willen noch dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht und auch § 679 BGB (öffentliche Interessen/Unterhalt) nicht eingreift. **443**

Der Geschäftsführer haftet bei der unberechtigten GoA nach § 678 BGB schon wegen **Übernahmeverschuldens**. Anders als § 677 BGB ist § 678 BGB eine Anspruchsgrundlage. Der Geschäftsführer hat auch für Schäden einzustehen, die trotz sorgfältigster Ausführung des Geschäfts rein zufällig entstehen. Maßgeblich ist allein die Kausalität. Ein Verschulden ist *bei der Ausführung des Geschäfts nicht* erforderlich. **444**

> *Beispiel*: F bringt den Hund des H gegen dessen erklärten Willen zum Tierarzt. Auf der Fahrt verunglückt der Hund tödlich, ohne dass den F am Unfall eine Schuld trifft.

Die Übernahmehaftung nach § 678 BGB ist gegenüber der deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB schärfer, denn es tritt eine Haftung auch für primäre Vermögensschäden ein; die Verletzung eines absoluten Rechts ist nicht erforderlich. Das Verschulden muss sich nur auf die Übernahme des Geschäfts beziehen, nicht auf den konkreten Schaden. Ein Verschulden liegt schon vor, wenn der Geschäftsführer hätte erkennen können, dass das Geschäft dem Willen des Geschäftsherrn widerspricht. **445**

Daneben haftet der Geschäftsführer nach §§ 812 ff. BGB und nach §§ 823 ff. BGB.

Andererseits kann der Geschäftsführer bei unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 684 Satz 1 BGB vom Geschäftsherrn **Herausgabe** des durch die Geschäftsführung Erlangten verlangen. Der Geschäftsherr soll seinerseits aus der unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag keine Vorteile behalten. **446**

> Nach hM ist § 684 Satz 1 BGB eine Rechtsfolgenverweisung auf §§ 818 ff. BGB. Die Voraussetzungen der Leistungs- oder Eingriffskondiktion müssen daher nicht geprüft werden. Häufig wird es sich um Fälle „aufgedrängter Bereicherung" handeln, so dass – analog § 814 BGB – nichts herauszugeben ist. Wenn der Geschäftsherr eine Wertsteigerung allerdings beim Verkauf realisiert, muss er sie an den Geschäftsführer heraus geben.

Im Falle der **Genehmigung** der Geschäftsführung steht der Geschäftsführer noch besser: Er kann nach § 684 Satz 2 BGB gemäß § 683 BGB Aufwendungsersatz verlangen; auf eine Bereicherung des Geschäftsherrn kommt es dann nicht an. Weil sich der Geschäftsherr nachträglich mit der Geschäftsführung einverstanden erklärt hatte, muss er die Aufwendungen des Geschäftsführers ersetzen. **447**

IV. Die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag

Die unechte GoA ist geregelt in § 687 BGB. Sie liegt vor, wenn jemand ein objektiv fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt. § 687 Abs. 1 BGB ist eine Klarstellung, § 687 Abs. 2 BGB eine besondere Anspruchsgrundlage. **448**

Erfolgt die Geschäftsführung im fremden Rechtskreis **irrtümlich (§ 687 Abs. 1 BGB)**, so scheidet Geschäftsführung ohne Auftrag aus; es fehlt am Fremdgeschäftsführungswillen; die Rechtsfolgen der Geschäftsführung richten sich nach allgemeinen Bestimmungen, also §§ 812 ff., 823 ff., 987 ff. BGB. **449**

> *Beispiel*: A veräußert einen Ring des E in der *irrtümlichen* Ansicht, er gehöre ihm, an den K.

Hier besteht ein Herausgabeanspruch des E gegen den A nach § 816 Abs. 1 BGB gerichtet auf den Verkaufserlös, ggf. ein Schadensersatzanspruch nach §§ 989, 990 BGB, insbesondere wenn der A grob fahrlässig verkannt hatte, dass es nicht sein Ring war.

> Wenn A ein Recht zum Besitz hatte (er hatte den Ring von E geliehen), so sind § 823 BGB und §§ 275 Abs. 4, 280, 283 BGB zu prüfen.

Hat A hingegen **Kenntnis**, dass ihm der veräußerte Ring nicht gehört („Geschäftsanmaßung"), kann E wählen **(§ 687 Abs. 2 BGB)**: **450**

- Ansprüche aus §§ 816, 823, 990 BGB

oder:

- Vorgehen nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB (der Bösgläubige soll nicht besser stehen als ein berechtigter Geschäftsführer): Ansprüche auf Rechnungslegung, Herausgabe, Schadensersatz nach § 678 BGB wegen Übernahmeverschulden.

> *Beachte:* Der Geschäftsherr haftet dann nach § 687 Abs. 2 Satz 2 BGB gemäß § 684 Satz 1 BGB bereicherungsrechtlich auf Herausgabe.

Bei **§ 687 Abs. 2 BGB** geht es dementsprechend um die **Verletzung fremder absoluter Rechte**, die (auch) zu Ansprüchen aus Eingriffskondiktion und zu deliktischen Schadensersatzansprüchen führt. In Betracht kommen beispielsweise die Veräußerung oder Nutzung fremder Sachen sowie die Nutzung fremder Immaterialgüter- und Urheberrechte, nicht aber die Verletzung schuldrechtlicher Absprachen, etwa eines Wettbewerbsverbots. **451**

452

Die Verweisung in § 687 Abs. 2 Satz 2 BGB ist unklar: Sie bedeutet nicht, dass E alles herausgeben muss, was er soeben von A erlangt hat (das wäre widersinnig); vielmehr soll damit gesagt werden, dass E dem A *Aufwendungsersatz nur* bis zu dem Betrag schuldet, zu dem er durch die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag bereichert ist.

Weil es mit einem Aufwendungsersatzanspruch verbunden ist, ist das Vorgehen nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht immer ratsam.

Zum Abschluss *Fall 3* (ungerechtfertigte Untervermietung) S. 70.

G. Fund

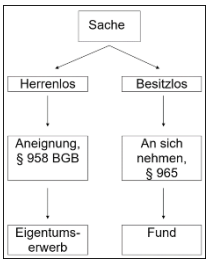
I. Übersicht 65
II. Verlorene Sachen 65
III. Finder 65
IV. Schuldverhältnis Finder – Eigentümer 65
V. Eigentumserwerb 66
VI. Verkehrsfund 66
VII. Schatzfund 66

Literatur: *Schreiber,* Der Eigentumserwerb an abhandengekommenen Sachen, Jura 2004, 238.

Fallbearbeitung: Teil II: Fall *20,* S. 92, *Fall 21,* S. 94; Teil III: Fall „Wem gehört der Schatz?“, S. 165.

I. Übersicht

Voraussetzung des „Funds“ ist nach § 965 BGB eine „verlorene“ Sache. Eine Sache ist verloren, wenn sie **besitzlos** geworden ist. **453**



Unterscheide davon die **Herrenlosigkeit**: Eine Sache gehört niemandem. Sie hat keinen Eigentümer. – Der Besitzverlust zieht den Eigentumsverlust nicht nach sich. (Anders, wenn Dereliktion nach § 959 BGB, nicht § 928 BGB, vorliegt.) Daher kann sich der Finder die verlorene Sache nicht aneignen (§ 958 BGB).

Rechtsfolgen des Funds (Überblick): **454**

- Im Zeitpunkt des Fundes ist meist ungewiss, ob der Eigentümer zu ermitteln ist. Deshalb wird zwischen Finder und Eigentümer ein **gesetzliches Schuldverhältnis** begründet. Der Finder ist zur **Anzeige** des Fundes, zur **Verwahrung** und zur **Ablieferung** verpflichtet (§§ 965 – 967 BGB); er hat Anspruch auf Finderlohn (§ 971 BGB).
- 6 Monate nach der Anzeige des Fundes bei der zuständigen Behörde **erwirbt** der Finder das **Eigentum** an der Sache, wenn ihm kein Empfangsberechtigter bekannt geworden ist und kein Empfangsberechtigter sein Recht bei der Behörde angemeldet hat (§ 973 Abs. 1 Satz 1 BGB).

  § 973 BGB bewirkt vorläufig nur eine formale Zuordnung des Eigentums: Der Finder ist nach § 977 BGB drei Jahre lang einem Bereicherungsanspruch ausgesetzt.
- §§ 677 ff. BGB (GoA) und §§ 987 ff. BGB (EBV) kommen *nicht* zur Anwendung.

  Berachte: An verlorenen Sachen ist ein redlicher Erwerb nicht möglich, § 935 Abs. 1 Fall 2 BGB.

II. Verlorene Sachen

Verloren ist eine Sache, wenn sie besitzlos ist. Besitz richtet sich nach §§ 854 ff. BGB. Dabei spielt der generelle Herrschaftsbereich eine Rolle. **455**

Beispiel: Wer in seiner Bibliothek ein Buch verstellt hat und es deshalb nicht „findet“, hat den Besitz noch nicht verloren, weil sich das Buch weiterhin in seinem Herrschaftsbereich befindet.

Vgl. ferner BGHZ 101, 193: Ein Kunde entdeckte im Kaufhaus unter Regalen einen Geldschein, der wohl einem anderen Kunden aus der Tasche gefallen war. Der Kunde hat den Geldschein *nicht* „*finden*“ können. Der Schein war nicht besitzlos und damit nicht „verloren“ gewesen, weil der Inhaber des Supermarktes aufgrund eines generellen Besitzwillens bereits Besitzer war. Das juristische Begriffsverständnis „verloren“ weicht vom umgangssprachlichen Gebrauch ab.

III. Finder

Finder ist, wer die Sache **in Besitz nimmt**. Erforderlich ist die Begründung neuen Besitzes. **456**

Es kommt **nicht** darauf an, wer die verlorene Sache **entdeckt** hat (anders beim Schatzfund, § 984 BGB).

Hat ein **Besitzdiener** eine Sache an sich genommen, ist nicht er der Finder. Er hat die Sache zwar entdeckt, aber es hat der **Besitzherr den Besitz** erlangt.

Beispiel: BGHZ 8, 130 – *Platzanweiserin*: Eine Platzanweiserin im Kino (heute muss man sich den Platz selbst suchen!) war aufgrund ihres Arbeitsvertrags verpflichtet, den Vorführraum abends zu durchsuchen und Fundsachen beim Geschäftsführer abzugeben. Eines Tages fand sie einen Brillantring, den sie zum städtischen Fundamt brachte. Es meldete sich kein Empfangsberechtigter. Wem gehört der Ring nach § 973 BGB?

Nach BGHZ 8, 130 war die Platzanweiserin nur Besitzdienerin und deshalb nicht Finderin im Sinne des Fundrechts. Eigentümer des Rings wurde damit der Inhaber des Kinos.

IV. Schuldverhältnis Finder – Eigentümer

Durch den Fund wird ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Finder und dem Verlierer, dem Eigentümer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten (zB Pfandgläubiger, § 1227 BGB) begründet. **457**

Empfangsberechtigt (vgl. § 965 Abs. 1 BGB) sind Eigentümer, Verlierer und Dritte soweit ihnen ein Herausgabeanspruch zusteht. Der Dieb, der die gestohlene Sache verloren hat, ist daher nicht empfangsberechtigt. **458**

459

Die Herausgabe an den Verlierer befreit den Finder auch gegenüber anderen Herausgabeberechtigten, selbst wenn dem Verlierer (z.B. Dieb) kein Herausgabeanspruch zustand (§ 969 BGB). § 969 BGB knüpft an den früheren Besitz des Verlierers an. Die Bestimmung begründet aber keinen Herausgabe*anspruch*.

460 Der Finder hat dem Eigentümer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten unverzüglich den Fund **anzuzeigen** (§ 965 Abs. 1 BGB). Wenn er den Empfangsberechtigten nicht kennt, hat er den Fund beim Fundamt anzuzeigen (§ 965 Abs. 2 Satz 1 BGB). Nach § 967 BGB ist die Sache auf Verlangen abzuliefern.

Eine Anzeige ist nicht erforderlich, wenn die Sache nicht mehr als zehn Euro wert ist (§ 965 Abs. 2 Satz 2 BGB).

461 Bei Verletzung seiner Pflichten ist der Finder schadensersatzpflichtig, beispielsweise nach §§ 280, 286 BGB, wenn der Eigentümer zwischenzeitlich eine andere Sache mieten musste. Die Haftung setzt aber voraus, dass der Finder vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat (§ 968 BGB).

462 Der Finder hat einen Anspruch auf **Aufwendungsersatz** (§ 970 BGB; erforderlich, weil § 994 BGB nicht gegeben ist, da der Finder bösgläubig ist). Ferner besteht ein Anspruch auf **Finderlohn** (§ 971 BGB).

Der Finderlohn berechnet sich nach § 971 Abs. 1 Satz 2 BGB (beispielsweise 40 Euro, wenn die Sache 1.000 Euro wert ist). Verletzt der Finder seine Anzeigepflicht (§ 965 BGB), entfällt der Anspruch auf Finderlohn, § 971 Abs. 2 BGB.

Zum **Zurückbehaltungsrecht** des Finders s. § 972 BGB: Verweisung ins Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.

V. Eigentumserwerb

463 Mit dem **Ablauf von sechs Monaten** nach der Anzeige des Fundes bei der zuständigen Behörde **erwirbt der Finder das Eigentum** an der Sache (§ 973 BGB). Mit dem Eigentumserwerb erlöschen sonstige dingliche Rechte an der Sache.

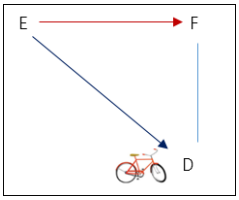
Bei Sachen, die nicht mehr als zehn Euro wert sind, beginnt die sechsmonatige Frist schon mit dem Fund, weil nach § 965 Abs. 2 BGB keine Anzeigepflicht besteht, § 973 Abs. 2 BGB.

Das Eigentum wird bei diesen geringwertigen Sachen nicht erworben, wenn der Fund auf Nachfrage verheimlicht wurde.

464 Hat sich ein Empfangsberechtigter bei der Fundbehörde gemeldet, kann ihn der Finder auffordern, sich zur Zahlung des Finderlohnes und Erfüllung des Aufwendungsersatzanspruchs bereit zu erklären. Kommt der Berechtigte der Aufforderung nicht nach, wird der Finder mit Ablauf der Erklärungsfrist Eigentümer (§ 974 BGB).

Allerdings kann der frühere Eigentümer nach § 977 BGB drei Jahre lang das Eigentum kondizieren. Der Eigentumserwerb nach § 973 BGB trägt also zunächst keinen Rechtsgrund in sich.

Beispiel: F findet eine Sache, die E verloren hatte. F zeigt den Fund der Behörde an. Einen Monat später übereignet F die Sache an D. Ein Jahr nach der Anzeige fragt E nach seinen Ansprüchen.



D hat hier wegen § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB zunächst nicht erworben; erst mit Erwerb des Eigentums durch F nach § 973 Abs. 1 BGB ist D Eigentümer geworden (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB). E kann von F nach §§ 977, 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB Herausgabe bzw. Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB) verlangen, allerdings kann F mit seinem Anspruch auf Finderlohn (§ 971 BGB) aufrechnen.

→ auch *Fall 21*, S. 94.

VI. Verkehrsfund

465 Wird eine Sache in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde gefunden, gelten Sonderregelungen (§§ 978 ff. BGB); sie betreffen auch den Finderlohn, der bei einem Wert unter 50 Euro ausgeschlossen ist (§ 978 Abs. 2 Satz 1 BGB); im übrigen beträgt er nur die Hälfte des üblichen Finderlohns.

VII. Schatzfund

→ dazu die Fälle unten Teil III, S. 165 f.

466 Wird ein Schatz entdeckt und infolge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war, § 984 BGB. Es besteht Miteigentum nach § 1008 BGB.

Ein Schatz ist eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, dass ihr Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist. War eine Sache in einem alten Schrank verborgen, wird der Eigentümer des Schrankes am Schatzfund beteiligt.

467 Es kommt bei § 984 BGB auf die Entdeckung an: Der „Entdecker“, nicht derjenige, der in Besitz nimmt, erwirbt hälftiges Eigentum!

Wird der Schatz von einem Arbeitnehmer gefunden, gilt der Arbeitgeber nur dann als Entdecker, wenn die Tätigkeit des Arbeitnehmers gerade die Schatzsuche war.

Teil II (Fälle zu Teil I)

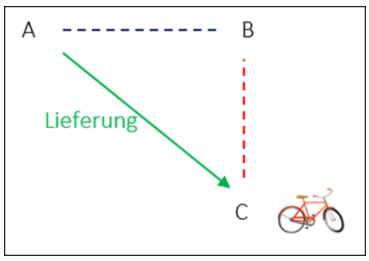
I. Fall 1 (Dreiecksverhältnis, Geheißerwerb – Bereicherungsrecht)

Thema: Bereicherungsausgleich im Dreiecksverhältnis, oben Teil I, S. 8 ff.

→ zu Dreiecksverhältnissen im Bereicherungsrecht, unten Teil III, S. 113f.

468 A verkauft sein Fahrrad an B. Noch vor der Lieferung verkauft es B an C und erklärt, das Fahrrad werde C von A direkt nach Hause geliefert. C bezahlt den Kaufpreis. Auf Weisung des B liefert A das Fahrrad unmittelbar an C. Später stellt sich heraus, dass beide Kaufverträge nichtig sind. A verlangt von C das Fahrrad heraus.

Lösungshinweise:



1. Anspruch A gegen C

a) Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB

A könnte gegen C einen Anspruch auf Herausgabe des Eigentums und des Besitzes am Fahrrad haben.

Klausurhinweis: Den Gegenstand möglicher Bereicherung genau bestimmen!

469 a) Dazu müsste C zunächst Eigentum „erlangt" haben.

aa) Dies richtet sich nach § 929 Satz 1 BGB. In Betracht kommt ein Erwerb von B. Das setzt eine **Einigung** zwischen B und C voraus.

In der Erklärung, das Fahrrad werde direkt zu C nach Hause geliefert, liegt eine konkludente Einigung zwischen B und C.

Beachte: Obgleich A direkt an den C liefert, liegt hier keine Einigung A-C vor. A (als „Lieferant") kennt das Verhältnis B-C nicht und weiss daher nicht, ob dem C Eigentum verschafft werden soll (oder nur bedingtes Eigentum [wenn B-C einen EV vereinbart haben] oder C beispielsweise nur Mieter ist).

bb) Erforderlich ist ferner die **Übergabe**. Nach § 929 Satz 1 BGB muss der Veräußerer (hier B) übergeben. Unmittelbar hat zwar A übergeben. Weil dies aber auf Weisung („Geheiß") des B erfolgte, kann die Übergabe durch A dem B zugerechnet werden.

cc) B müsste **Eigentümer** gewesen sein. Das Eigentum am Fahrrad könnte B nach § 929 Satz 1 BGB von A erworben haben. Voraussetzung ist eine Einigung A-B; diese liegt vor, jedenfalls konkludent in der Unterwerfung unter die Weisung.

Ferner ist erforderlich die Übergabe A-B. A hat C (!) den Besitz verschafft, nicht B. Weil dies aber auf Weisung des B erfolgte, nimmt man an, dies genüge für den Besitzerwerb des B. Damit ist B auch Eigentümer geworden und konnte dieses wirksam an C übertragen.

Beachte: In der Lieferung A-C auf Geheiß des B liegt also eine **„doppelte Übergabe"** (*Jauernig/Berger*, BGB, § 929, Rn. 16.) Die Figur des Geheißerwerbs ermöglicht also die Zurechnung der „Übergabe".

dd) Zwischenergebnis: C hat Eigentum am Fahrrad „erlangt".

470 b) Der Erwerb des Eigentums müsste ferner durch eine Leistung des A an C erfolgt sein.

Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. A hat geleistet. Freilich müsste C auch der Empfänger der Leistung des A sein, damit er als Kondiktionsschuldner in Betracht kommt. Dies richtet sich nach der **Leistungszweckbestimmung** des A. Vorliegend ist nicht C, sondern B (!) Empfänger der Zuwendung des A, weil A erkennbar in Erfüllung seiner Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag mit B leisten wollte.

Beachte: Die herrschende Literaturmeinung wählt einen anderen Begründungsansatz, kommt aber zum selben Ergebnis. Sie stellt ab auf eine sinnvolle Verteilung der Insolvenzrisiken und die Frage, wer welche Einwendungen gegen den Kondiktionsanspruch hinnehmen muss; vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht BT II/2, § 70 VI:

- Erhaltung der eigenen Einwendungen (C könnte nicht von A Rückzahlung des Kaufpreises verlangen);
- Angemessene Verteilung des Insolvenzrisikos (A hat sich B als Vertragspartner gesucht und soll dessen Insolvenzrisiko tragen, nicht das des C).

Hier ist nach diesen Kriterien Empfänger der Leistung des A der B, weil B der Vertragspartner des A ist, die Prämissen dadurch also gewahrt sind.

471 Weil C nicht der Empfänger der Leistung des A ist, scheidet ein Anspruch des A gegen C nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB aus.

b) Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB

472 In Betracht kommt aber ein Anspruch aus Nichtleistungskondiktion des A gegen C nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB. Voraussetzung ist, dass C „etwas" „auf Kosten" des A „in sonstiger Weise" erlangt hat. Erlangt hat C Eigentum (s.o.).

Dies müsste „auf Kosten" des A erfolgt sein. Das ist indes nicht der Fall, denn der Erwerb des C erfolgt von B (!) und damit *nicht* „auf Kosten" des A.

Der BGH würde dieses Ergebnis mit dem Vorrang der Leistungsbeziehung zwischen B und C begründen, die einen Rückgriff auf die Bereicherung in sonstiger Weise ausschließe (**Subsidiarität** der Nichtleistungskondition).

Beachte: Alle diese Ergebnisse sind getragen von dem Ziel, die auf der Ebene der Leistungskondiktion („nicht A von C"!) gewonnenen Resultate nicht wieder durch die Nichtleistungskondiktion zu untergraben. **473**

2. Ergebnis

A kann Eigentum und Besitz am Fahrrad nicht von C heraus verlangen. **474**

Vielmehr besteht ein Anspruch des A gegen B nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB auf Herausgabe des Wertes (§ 818 Abs. 2 BGB) des Fahrrads! Zudem muss C das Fahrrad an B nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zurück übereignen. Erfolgt dies, kann es B auch an A übereignen (und nicht nur Wertersatz leisten).

Aufgrund des Geheißerwerbs ist es nicht zu einem Direkterwerb des C von A gekommen, sondern trotz der Direktlieferung A-C zu einem „Durchgangserwerb" bei B.

Eingehend zum Geheißerwerb und zu weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung *Brehm/Berger*, Sachenrecht, Rn. 22.27 ff. **475**

****

II. Fall 2 (Zahlung durch Versicherer – Bereicherungsrecht)

Thema: Bereicherungsausgleich im Dreiecksverhältnis, oben Teil I, S. 8 ff.

→ dazu auch unten Teil III, S. 103 f.

G nimmt den Architekten S wegen eines Planungsfehlers in Anspruch. S zeigt den Versicherungsfall gemäß den Allgemeinen Haftpflichtbedingungen seiner Berufs-Haftpflichtversicherung H an. H zahlt an den G. Es stellt sich heraus, dass G gegen den S keinen Anspruch hatte, weil eine Pflichtverletzung des S nicht nachweisbar ist. Gegen wen hat H Ansprüche? – Wie, wenn G gegen S wegen einer Pflichtverletzung einen Schadensersatzanspruch hatte, dieser aber nicht von H Ersatz verlangen konnte, weil das entsprechende Risiko dort nicht versichert war? – Wie, wenn es sich um einen Verkehrsunfall handelte und der S seinen PKW bei H versichert hatte, dem G jedoch kein Schadensersatzanspruch gegen S zustand, weil der beschädigte Pkw dem E gehörte? **476**

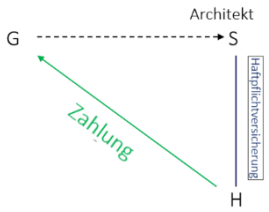
Lösungshinweise

1. Ausgangsfall 69
2. Variante 1 69
   a) Anspruch H gegen G nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB 69
   b) Anspruch H gegen S nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB 70
3. Variante 2 70

Der Fall soll nochmals an einer besonderen Konstellation die Problematik des Bereicherungsausgleichs im Dreiecksverhältnis aufgreifen. Es geht um die Abgrenzung zwischen schlichter Drittleistung und Anweisungslagen.

Es wird empfohlen, die Entscheidung BGHZ 113, 62 (insbes. S. 68 f.) nachzuarbeiten. Beachte: Die Klägerin dort war der Versicherer (hier: H), der Beklagte der Leistungsempfänger (hier. G).

1. Ausgangsfall



Anspruch H gegen G?

Als Anspruchsgrundlage kommt § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB in Betracht. **477**

1. Erlangt hat G Besitz und Eigentum am Geld bzw. (wirklichkeitsnäher) eine Gutschrift auf dem Konto des G.

2. Es müsste eine Leistung der H an G vorliegen. Maßgeblich ist der mit der Zahlung verfolgte Zweck. Die H wollte nicht eine eigene Verbindlichkeit dem G gegenüber erfüllen. Vielmehr zahlte sie (wie jeder Haftpflichtversicherer) auf die Verbindlichkeit des Versicherungsnehmers.

Damit liegt eine schlichte Zahlung eines Dritten auf fremde Schuld vor, § 267 BGB. Die H kann bei G kondizieren, denn die Verbindlichkeit, auf die H geleitet hat, besteht (nach dem Ausgangsfall) nicht. **478**

Zu einer anderen Lösung könnte man nur gelangen, wenn der S die H angewiesen hätte, an den G zu zahlen. Das ist aber nicht der Fall. BGHZ 113, 62, 68 f. betont, auch in der Schadensmeldung liege keine Anweisung. Eine Anweisung des Versicherungsnehmers müsste die Versicherung auch nicht befolgen. Weil eine Anweisung des S fehl, liegt auch keine Leistung S/G vor. Es bleibt also bei der Kondiktion der H bei G.

3. Ein Rechtsgrund für die Zahlung bestand nicht, weil nach den Angaben im Sachverhalt G von S nichts verlangen konnte.

Ergebnis: H kann direkt von G Rückzahlung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB verlangen. **479**

2. Variante 1

a) Anspruch H gegen G nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB

480

Voraussetzung ist eine Leistung der H an den G ohne Rechtsgrund. H hat als Dritte gezahlt (nach § 267 BGB). Da der Anspruch des G (im „Valutaverhältnis“) in der Variante 1 wirklich bestand, kann sie nicht kondizieren. Die Zahlung erfolgte mit Rechtsgrund.

Ergebnis: H hat keinen Rückzahlungsanspruch gegen G.

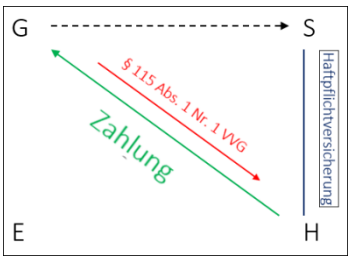
b) Anspruch H gegen S nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB

481 „Erlangt“ hat S Befreiung von seiner Schadensersatzverbindlichkeit gegenüber G nach § 267 BGB.

Voraussetzung der Leistungskondiktion H/S ist eine Leistung der H (auch) an den S. H wollte mit der Zahlung zugleich auch eine Verpflichtung aus dem Versicherungsvertrag mit S („Deckungsverhältnis“) erfüllen (1 Zahlung, 2 Leistungen!). Da sie danach aber nicht zur Leistung verpflichtet war, bestand kein Anspruch S/H und folglich wurde ohne Rechtsgrund geleistet.

Ergebnis: H kann von S Zahlung des an G geleisteten Betrags verlangen.

3. Variante 2



482 In Betracht kommt ein Anspruch H gegen G nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB.

Voraussetzung ist wiederum eine Leistung der H an G ohne Rechtsgrund. Zu beachten ist in der Variante 2 der Direktanspruch des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer nach § 115 Abs. 1 Nr. 1 VVG. Mit der Zahlung will H daher nicht nach § 267 BGB als Dritte leisten, sondern eine eigene Verbindlichkeit gegenüber G erfüllen. Da diese nicht besteht, kann H direkt bei G kondizieren.

483 Ergebnis: H kann direkt bei G nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB kondizieren.

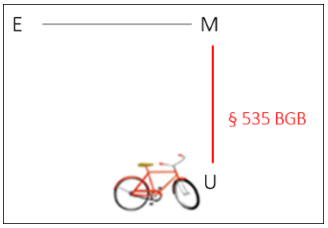
****

III. Fall 3 (Unberechtigte [Unter-]Vermietung – Bereicherungsrecht, GoA)

Thema: Bereicherung in sonstiger Weise, Teil I, S. 14 ff.; GoA, Teil I, S. 58

→ auch Übersicht zur GoA, unten Teil III, S. 160.

Lit.: *Chelidonis*, Unbefugte Untervermietung und Eingriffserwerb, JA 2019, 695.



484 M mietet vom Eigentümer E ein Fahrrad für eine Ferienfahrt. Da es andauernd regnet, vermietet er das Fahrrad weiter an U. Welche Rechte hat E?

Abwandlung: Wie ist die Rechtslage, wenn M das von E verlorene Fahrrad an U vermietet?

Lösungshinweise:

1. Ausgangsfall 70
   a) Ansprüche E gegen M 70
   b) Ansprüche E gegen U 71
2. Abwandlung 71
   a) Ansprüche E gegen M 71
   b) Ansprüche E gegen U 71

1. Ausgangsfall

485 (Unberechtigte *Unter*vermietung [Vermietung einer gemieteten Sache]; die Lösung orientiert sich an BGHZ 131, 297, 304).

Vorbemerkung: Nach § 540 BGB ist der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters nicht zur Untervermietung berechtigt.

a) Ansprüche E gegen M

(1) §§ 687 Abs. 2 Satz 1, 681 Satz 2, 667 Fall 2 BGB

486 Danach könnte E von M Herausgabe des von U erlangten Mietzinses verlangen. Die Bestimmungen erfassen die sog. Geschäftsanmaßung. Voraussetzung ist, dass ein fremdes Geschäft geführt wird. Die Untervermietung ist aber ein eigenes Geschäft des Mieters, der den ihm zustehenden Gebrauch ausübt, wenngleich in einer ihm nicht zustehenden Weise. Nicht jede Vertragsverletzung führt zur Fremdgeschäftsführung.

(2) §§ 990, 987 BGB

487 Ein Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen liegt nicht vor, da der Mieter zum Besitz berechtigt ist und es daher schon an einer Vindikationslage fehlt.

Die Anhänger der Lehre vom **„Nicht-so-berechtigter-Besitzer“** (der an sich berechtigte Besitzer überschreitet die Grenzen seines Besitzrechts) wollen auch hier Nutzungsherausgabepflichten annehmen. Die hM lehnt das ab. Die Überschreitung des Besitzrechts ändere nichts daran, dass der Besitzer (auch weiterhin) zum Besitz berechtigt sei. Die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses dienen nicht dem Zweck, Störungen in einem Vertragsverhältnis zu regeln (BeckOGK/*Spohnheimer* BGB § 987 Rn. 20; weiteres Beispiel bei *Brehm/Berger*, Sachenrecht, Rn. 8.34).

(3) § 816 Abs. 1 BGB

488

Voraussetzung ist, dass in der unberechtigten Untervermietung eine Verfügung liegt. Die Vermietung ist ein schuldrechtliches Geschäft, keine Verfügung. Darunter fallen nur Rechtsgeschäfte, die ein anderes Recht übertragen, belasten, ändern oder aufheben.

(4) § 816 Abs. 1 BGB analog

Nach BGHZ 131, 297, 306 scheidet eine Analogie zu § 816 Abs. 1 BGB aus. Der Untermietzins stelle keinen Gegenwert dar, den der Mieter anstelle des Eigentümers erziele. Der Eigentümer hätte die Sache selbst nicht mehr an einen Dritten vermieten können, nachdem er sie bereits einmal vermietet hatte. Ferner erlangt der Untermieter auch keine gesicherte Position, er hat kein Recht zum Besitz (vgl. § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB), ist also nicht einem Verfügungsempfänger gleich zu stellen. **489**

(5) § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB

Auch ein Anspruch aus Eingriffskondiktion entfällt: Dem Eigentümer E entgegen keine Verwertungs- und Gebrauchsmöglichkeiten, denen er sich nicht schon durch die Vermietung an M begeben hätte. **490**

> *Beachte*: Was hätte der E also tun können/müssen? Unterlassungsklage nach § 541 BGB; außerordentliche Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB; Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des § 540 BGB (Verbot der Überlassung an Dritte). Allerdings ist die Untervermietung als solche kein Schaden, wohl aber eine dadurch erhöhte Abnutzung der Mietsache (BGHZ 131, 297, 307). Nach § 540 Abs. 2 BGB hat der Mieter Verschulden des Untermieters zu vertreten; bei unerlaubter Untervermietung hat der Mieter auch für Schäden einzutreten, die der Untermieter ohne Verschulden verursacht hat.

b) Ansprüche E gegen U

E kann von U nach § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB Herausgabe der Sache an den M verlangen. Insofern bestand eine Vindikationslage. Daher kommt auch ein Herausgabeanspruch bzgl. der Nutzungen nach §§ 987 ff. BGB in Betracht. **491**

Wenn U aber redlich ist, scheidet vor Rechtshängigkeit ein Anspruch nach §§ 990, 987 BGB aus.

In Betracht kommt ferner ein vertraglicher Herausgabeanspruch nach § 546 Abs. 2 BGB.

2. Abwandlung

(Vermietung einer fremden Sache) **492**

a) Ansprüche E gegen M

(1) §§ 687 Abs. 2 Satz 1, 681 Satz 2, 667 Fall 2 BGB

Voraussetzung ist ein für den M fremdes Geschäft. Zur Vermietung berechtigt ist der Eigentümer E, nicht M. M handelt im fremden Rechtskreis, allerdings ohne Fremdgeschäftsführungswille. M muss das Erlangte herausgeben, hier also den von U erzielten Mietzins. **493**

(2) Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 966 BGB

M ist „Finder" und daher zur Verwahrung verpflichtet, § 966 BGB. Er haftet E auf Schadensersatz. Ein ersatzfähiger Schaden kann in der erhöhten Abnutzung liegen.

(3) §§ 990, 987 Abs. 1 BGB

Herausgabe der Nutzungen aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis? E ist Eigentümer, M ist Besitzer. Ein Vindikationsanspruch und damit ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis liegt nicht vor, wenn M als Finder ein Recht zum Besitz hat. **494**

Ist M nicht der Finder (sondern ein Dritter D), bestand eine Vindikationslage E/M und M muss Nutzungen heraus geben, §§ 990, 987 BGB.

b) Ansprüche E gegen U

Ein Herausgabeanspruch des E gegen U bzgl. der Sache nach § 985 BGB ist gegeben. Wenn U redlich ist, muss er Nutzungen aber nicht herausgeben, § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB. **495**

****

IV. Fall 4 (Rückgriff bei Zahlung auf fremde Schuld – Bereicherungsrecht)

Thema: Rückgriffskondiktion, → oben Teil I, S. 20.

V verkauft unter Eigentumsvorbehalt ein Auto an K zum Preis von 10.000 Euro. Noch bevor K auch nur einen Cent an V bezahlt hat, veräußert K das Auto an D zum Preis von 10.000 Euro, der den Eigentumsvorbehalt kennt. D zahlt den Kaufpreis an K. K zahlt aber weiterhin nicht an V. V mahnt K. D bezahlt an V schließlich 10.000 Euro „für den K", um Eigentümer des Autos zu werden. **496**

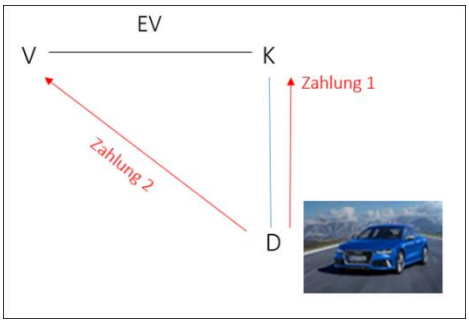
Ausgangsfall: D will bei K Regress nehmen. K wendet ein, die Kaufpreisforderung des V sei längst verjährt gewesen.

1. Variante: Der Anspruch ist *nicht* verjährt, aber K wendet ein, er hätte mit einer Forderung über 10.000 Euro aus einem dem V gegebenen Darlehen aufrechnen können. **497**

2. Variante: Der Anspruch ist nicht verjährt, aber K wendet ein, er habe ein Abtretungsverbot mit V vereinbart. **498**

Lösungshinweise:

1. Ausgangsfall 72
   a) Anspruchsgrundlage §§ 683, 670 BGB 72
   b) Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB 72
   c) Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB 72
2. Variante 1 72
3. Variante 2 72



1. Ausgangsfall Regress D gegen K

Hintergrund: Durch die Zahlung an V hat D nach § 267 BGB den Bedingungseintritt im Verhätnis V/K herbeigeführt; D wird damit Eigentümer, und zwar nach hM im Wege des Direkterwerbs, *Jauernig/Berger*, BGB, § 929, Rn. 47 bb). – Wegen dieses Ziels könnte man von einem Auch-Fremden-Geschäft ausgehen. – Wichtig ist hier § 216 Abs. 2 Satz 2 BGB: V konnte trotz Verjährung des Kaufpreisanspruchs zurück treten.

a) Anspruchsgrundlage §§ 683, 670 BGB

499 Nach §§ 683, 670 BGB kann der berechtigte Geschäftsführer ohne Auftrag Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.

D hat hier nicht eine eigene Verbindlichkeit erfüllt, sondern mit **Fremdtilgungswillen** (Voraussetzung des § 267 BGB, *Jauernig/Stadler*, § 267, Rn. 5) gehandelt. Die Zahlung fremder Schulden ist ein objektiv fremdes Geschäft. Der Fremdgeschäftsführungswille wird daher vermutet.

Die Geschäftsführung entspricht aber nicht dem Willen und dem Interesse des Geschäftsherrn (= K), da er gegen die Forderung die Einrede der Verjährung hätte erheben können.

b) Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB

(„Leistungskondiktion“)

500 Bei Zahlung D an V liegt keine Leistung des D an K vor, denn D handelt mit Fremdtilgungswillen (s.o.). Insbesondere leistet D an V nicht auf eine Weisung des K.

c) Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB

(„Rückgriffskondiktion“)

501 1. Was hat K erlangt? Die Forderung V gegen K ist erloschen nach § 267 BGB. K hat also die Befreiung von einer Verbindlichkeit erlangt.

Dies erfolgte *nicht* durch Leistung des D an K. K ist aber „in sonstiger Weise“ bereichert, und zwar „auf Kosten des D“, denn der hat bezahlt.

Schließlich liegt kein Rechtsgrund im Verhältnis D/K vor.

Folge: Die Voraussetzungen einer Rückgriffskondiktion D/K sind damit gegeben.

502 2. Nach Ansicht der Rechtsprechung unterliegt aber der aus der Tilgung der fremden Schuld erwachsende Bereicherungsanspruch der für den getilgten Anspruch geltenden Verjährungsfrist (BGHZ 70, 389, 398). Begründung: Der Schuldner ist nur in dem Umfang bereichert, in dem die ursprüngliche Schuld bestand, also einschließlich der (ihm günstigen) Verjährungsfrist.

> Nach BGH NJW 2000, 3492, 3494 f. läuft auch eine bereits begonnene Verjährungsfrist weiter.

503 *Ergebnis*: D kann im Wege der Rückgriffskondiktion bei K Regress nehmen, allerdings kann K sich auf Verjährung berufen.

2. Variante 1

504 Vgl. zunächst die Lösung des Ausgangsfalls. (In der Variante ist die Kaufpreisforderung nicht verjährt).

505 Hier ist im Rahmen des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB die entscheidende Frage: Was hat K erlangt? Die Forderung V gegen K ist erloschen nach § 267 BGB. K hat damit die Befreiung von einer Verbindlichkeit erlangt.

506 Das hat aber zur Folge, dass die Aufrechnungslage fortfällt. Wirtschaftlich betrachtet hätte K nicht an V zahlen müssen, sondern sich durch Aufrechnung von der Kaufpreisforderung befreien können (§§ 387, 389 BGB). Soll K jetzt an D 10.000 Euro im Wege der Rückgriffskondiktion (real) zahlen müssen?

507 Folgende Lösung bietet sich an: K hatte zunächst eine Forderung (aus § 488 BGB) gegen V, die allerdings mit der Möglichkeit der Aufrechnung durch V „belastet“ und daher wirtschaftlich nichts wert war. Infolge der Zahlung des D hat K eine „vollwertige Forderung“ gegen V erlangt.

Folglich muss K den Wert (§ 818 Abs. 2 BGB) herausgeben, der ihm dadurch zugewachsen ist, dass seine Forderung aus § 488 BGB nicht mehr durch eine Aufrechnungslage „belastet“ ist. K kann sich aber dadurch befreien, dass er diese Forderung an den D abtritt.

Auf diesem Wege wird vermieden, dass K „real“ den Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB zahlen muss.

D könnte dann von V aus der abgetretenen Forderung (§§ 398, 488 BGB) 10.000 Euro verlangen.

3. Variante 2

508

Haben K und V ein Abtretungsverbot vereinbart, könnte V die Forderung nach § 399 Fall 2 BGB nicht abtreten. K wäre daher sicher, es bei der Abwicklung des Kaufvertrags nicht mit anderen Personen als V zu tun zu bekommen.

Nach *Larenz/Canaris* SchR BT II/2 S. 192 soll ein Abtretungsverbot auch bei der Rückgriffskondiktion zu beachten sein mit der Folge, dass keine Schuldbefreiung eintritt. Das ist gut vertretbar, weil andernfalls das Abtretungsverbot über die Rückgriffskondiktion „ins Leere ging“. **509**

Folgt man dem, hat K nichts erlangt. Ein Bereicherungsanspruch des D gegen den K besteht nicht. **510**

> *Beachte:* § 399 Fall 2 BGB schränkt nach dieser Lösung § 267 BGB ein. – Möglich wäre auch die Annahme, dass die Parteien K/V konkuldent eine höchstpersönliche Leistung vereinbart haben (das ist möglich, *Staudinger/Bittner*, § 267, Rn. 4; noch weitergehend die Auffassung, § 267 BGB sei dispositiv, *Soergel/Wolf*, § 267, Rn. 8); dann ist § 267 BGB ausgeschlossen und Drittzahlungen kommt keine schuldbefreiende Wirkung zu. Die weitere Folge ist, dass dann durch Drittzahlung die Bedingung (§§ 449, 929, 158 BGB) nicht eintritt.
>
> Dann könnte D bei V nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB (keine Zweckerreichung) die Zahlung kondizieren.

****

V. Fall 5 (Flugreise nach New York – Bereicherungsrecht)

Thema: Haftung des unredlichen Bereicherungsschuldners, Zurechnung von Kenntnis, oben Teil I, S. 25.

SPIEGEL ONLINE SPIEGEL

LEBEN UND LERNEN

Ausreißerin in der Schweiz

Wie eine Siebenjährige unbemerkt an Bord eines Flugzeugs kam

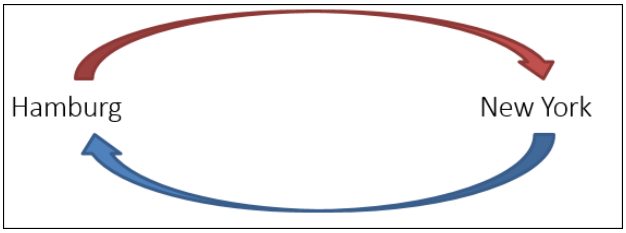
Ein siebenjähriges Mädchen ist seinen Eltern entwischt, allein zum Flughafen gefahren, durch die Sicherheitskontrolle und schließlich an Bord einer Maschine gelangt. Wie konnte sie so weit kommen?

Dem 17jährigen M gelingt es, auf dem Flughafen in Hamburg das nicht voll besetzte Flugzeug der Fluggesellschaft F nach New York zu besteigen. Einen Flugschein hatte er nicht erworben. In New York wird ihm mangels Visums die Einreise in die USA verweigert. F transportiert ihn am selben Tag zurück. Welche Ansprüche stehen F gegen M zu? **511**

Fall nach BGHZ 55, 128 = NJW 1971, 609 (= *Beuthien/Weber* Fall 4 = *Schack/Ackmann* Nr. 51; dazu *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 176; *Teichmann* JuS 1972, 247; *Canaris* JZ 1971, 560); *Hombrecher* Jura 2004, 250.

Lösungshinweise

1. Ansprüche wegen des Hinflugs 73
   a) § 631 Abs. 1 Fall 2 BGB 73
   b) Schadensersatz nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 265a Abs. 1 StGB 73
   c) Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB 73
2. Ansprüche wegen des Rückflugs 74
   a) Vertragliche und deliktische Ansprüche 74
   b) Aufwendungsersatzanspruch aus § 683 Satz 1 BGB 74



Hier ist zwischen Hin- und Rückflug zu unterscheiden.

1. Ansprüche wegen des Hinflugs

a) § 631 Abs. 1 Fall 2 BGB

Voraussetzung eines Werklohnanspruchs (Beförderungsvertrag ist Werkvertrag) ist das Zustandekommen eines Werkvertrags. In dem Besteigen des Flugzeugs könnte eine konkludente Willenserklärung des M liegen. Diese ist aber schwebend unwirksam (§§ 106 ff. BGB); die Genehmigung der Eltern des M liegt nicht vor. **512**

Die früher vertretene Lehre vom Vertragsschluss kraft sozialtypischem Verhalten ist abzulehnen, da sie den Minderjährigenschutz unterläuft.

b) Schadensersatz nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 265a Abs. 1 StGB

Ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz liegt vor (§ 265a StGB, „Erschleichen von Leistungen“); wenn M getäuscht hat, ist auch § 263 StGB zu erwägen. Dabei ist der für das Verbotsgesetz erforderliche Vorsatz gegeben; M ist auch strafrechlich schuldfähig (§§ 19 ff. StGB; § 3 Satz 1 JGG). Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit richtet sich nach § 828 Abs. 3 BGB (Einsichtsfähigkeit). **513**

Allerdings ist F kein Schaden entstanden, wenn sie keinen anderen Fluggast abweisen musste; das Flugzeug war nicht voll besetzt.

c) Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB

F könnte gegen M einen Bereicherungsanspruch haben.

1. Voraussetzung ist zunächst, dass M **„etwas erlangt“** hat. **514**

> Erlangt wurde von M der Flug über den Atlantik, also die Beförderung. Auch nicht gegenständliche Vorteile können erlangt werden.

Beachte: Der BGH hatte noch darauf abgestellt, dass der M die Ersparnis eigener Aufwendungen „erlangt" hatte. Die heute hM berücksichtigt dies erst bei der Frage des Wegfalls der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB.

515 2. Dies müßte **„in sonstiger Weise"** erfolgt sein.

Zu prüfen ist also, ob eine Leistung der F vorlag; dann wäre der Flug nicht „in sonstiger Weise" erlangt.

Hier liegt keine Leistung der F vor. Sie hat den M nicht willentlich befördert. F wollte keinen Vertrag erfüllen.

Folglich erfolgte die Bereicherung „in sonstiger Weise".

Beachte: Die Gegenansicht ist vertretbar, wenn man darauf abstellt, dass F *allen* Passagieren an Bord der Maschine den Flug „leisten" möchte (allgemeiner Leistungserbringungswille). Dann wäre § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB die zutreffende Anspruchsgrundlage.

516 3. Die Bereicherung müsste **„auf Kosten" der F** erfolgt sein. Voraussetzung ist ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts. Die Aufwendungen für den Transport hatte die F zu tragen; auch gehörte die Maschine ihr.

517 4. Dies erfolgte auch **ohne Rechtsgrund**.

518 **5. Rechtsfolgen:** Die erlangte Beförderung kann nicht herausgegeben werden, aber es ist nach § 818 Abs. 2 BGB ihr Wert zu ersetzen.

M könnte allerdings einwenden, er sei nach § 818 Abs. 3 BGB entreichert. Eine Entreicherung würde nur entfallen, wenn M eigene Aufwendungen erspart hätte. Das ist bei einer Luxusreise, die sonst nicht getätigt worden wäre, nicht der Fall.

§ 818 Abs. 3 BGB greift jedoch nicht ein, wenn der M verschärft nach § 819 Abs. 1 BGB haftet. M war bösgläubig, nicht aber seine Eltern.

519 Fraglich ist, auf wessen Kenntnis abzustellen ist. Eine Ansicht stellt auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters ab; die Gegenansicht will analog § 828 BGB auf die Kenntnis des einsichtsfähigen Minderjährigen abstellen.

Die wohl hM differenziert nach der Kondiktionsart:

- Im Bereich der Leistungskondiktion kommt es auf den gesetzlichen Vertreter an; denn die Leistungskondiktion dient der Rückabwicklung von Verträgen, deren Wirksamkeit sich bei Minderjährigen nach dem Willen des gesetzlichen Vertreters richtet (§§ 106 ff. BGB).
- Im Bereich der Eingriffskondiktion, die deliktsähnlich ist, ist § 828 BGB maßgeblich; es kommt also auf die Einsichtsfähigkeit des M an.

Geht man hier von einem Fall der Eingriffskondiktion aus, würde M sich nicht auf § 818 Abs. 3 BGB berufen können, wenn die Einsichtsfähigkeit in die Verantwortlichkeit zu bejahen ist. So im Ergebnis auch der BGH.

2. Ansprüche wegen des Rückflugs

a) Vertragliche und deliktische Ansprüche

520 Vertragliche und deliktische Ansprüche scheiden aus. Auch Ansprüche aus Leistungskondiktion (§ 814 BGB).

b) Aufwendungsersatzanspruch aus § 683 Satz 1 BGB

521 Eine Geschäftsführung der F für M mit Fremdgeschäftsführungswille ist gegeben. Die Rückkehr nach Hamburg obliegt M. Dass F als Fluglinie auch gegenüber den US-Behörden zur Rückführung verpflichtet ist, schliesst die GoA nach den Grundsätzen des „Auch-fremden-Geschäfts" nicht aus.

Die Geschäftsführung liegt im Interesse des M; für den Willen ist bei einem minderjährigen Geschäftsherrn auf den Willen der Eltern abzustellen. Die Rückführung entsprach dem Willen der Eltern.

Beachte: Gut vertretbar wäre es daher auch, GoA der F für die Eltern anzunehmen; diese wären dann passivlegitimiert.

Bei der **Höhe des Aufwendungsersatzes** sind die tatsächlichen Mehrkosten zu ersetzen, die F entstanden sind, daher nicht die vollen Kosten des Rückflugs.

****

VI. Fall 6 (Wem gebührt die Leistung? – Bereicherungsrecht)

(entfällt)

****

VII. Fall 7 (Herausgabe des Verkaufserlöses? – Bereicherungsrecht)

Thema: Bereicherungsrechtliche Rechtsfolgen, Umfang der Bereicherung; Surrogate, Teil I, S. 21 ff.

s. auch zu den Rechtsfolgen, unten Teil III, S. 119f.

522 V übereignet dem K rechtsgrundlos einen Pkw. K veräußert den Pkw an den D. Obgleich der Pkw nach den üblichen Preislisten für Gebrauchtwagen nur einen Wert von 20.000 Euro hat, bezahlt der D in Unkenntnis der Marktverhältnisse für das Auto 25.000 Euro. V verlangt von K 25.000 Euro heraus.

Lösungshinweise

1. V gegen K auf Herausgabe des Verkaufserlöses aus § 812 I 1 1. Alt. 75
   a) Leistung (+) 75
   b) Erlangtes Etwas (+) 75
   c) ohne rechtlichen Grund (+) 75
   d) Rechtsfolge: Herausgabe 75
      (1) des Erlangten: § 812 I 1 1. Alt. (–) 75
      (2) des Surrogats nach § 818 I (–) 75
      (3) der Bereicherung nach § 818 II (+) 75
         (a) *subjektiv* 75
         (b) *objektiv* 75
2. Ergebnis 76

1. V gegen K auf Herausgabe des Verkaufserlöses aus § § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB

a) Leistung (+) **523**

„bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens“

b) Erlangtes Etwas (+) **524**

gegenständlich, nicht wertmäßig zu betrachten

hier: PKW

c) ohne rechtlichen Grund (+) **525**

hier: von Anfang an fehlender Rechtsgrund, damit I 1 1. Alt.

d) Rechtsfolge: Herausgabe

(1) des Erlangten: § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB (–) **526**

wie oben: gegenständlich zu betrachten, dh PKW; nicht mehr möglich, da nicht mehr vorhanden

(2) des Surrogats nach § 818 Abs. 1 BGB (–)

nur die genannten und ähnliche Surrogate aus der Sache selbst (*commoda ex re*), nicht rechtsgeschäftliche Surrogate; dh hier nicht einschlägig

(3) der Bereicherung nach § 818 Abs. 2 BGB (+)

insbesondere rechtsgeschäftliche Surrogate, dh das *commodum ex negotiatione* **527**

[P]: Wertbestimmung

(Anm.: die Frage ist nicht zwingend identisch für subjektiven Mehrwert und subjektiven Minderwert zu beantworten; die Argumentation ist nicht gleichlautend, vgl. MüKoBGB/*Lieb* § 818 Rn. 34 f.)

(a) subjektiv

anzusetzen ist der subjektive Wert für den Empfänger des Erlangten, hier aufgrund des Verkaufs 25.000 Euro **528**

vertreten von: *Koppensteiner-Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 16 III 2 b, S. 177 ff., Erman-*Westermann* § 818 Rn. 17

Argumente:

- Wertungskonsistenz und Risikogleichgewicht: Beim Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) ist ebenfalls auf subjektiven Wert abzustellen, dh ein subj. Minderwert führt zu entsprechend geminderter Herausgabepflicht
- Zuweisungsgehalt: Die Verwertung und damit auch jeder Mehrwert des Gegenstandes war dem Leistenden zugewiesen und wurde nur fälschlicherweise (wegen der rechtsgrundlosen Übertragung) vom Empfänger realisiert.
- Analogie zur Eingriffskondiktion des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB sowie zu § 285 BGB: auch dort ist ein den objektiven Wert übersteigender Mehrerlös herauszugeben
- Abschöpfungsfunktion: Bereicherungsrecht will jeden beim Bereicherungsschuldner vorhandenen Mehrwert abschöpfen

(b) objektiv

es ist der objektive Wert des Erlangten zu bestimmen, hier also 20.000 Euro **529**

vertreten von: hLit, RS

Argumente:

- Subjektivierung des Werts bedeutet Rückkehr zur bei § 818 Abs. 1 BGB überwundenen Vermengung von Erlangtem und dessen Wert
- Beschränkung auf subjektiven Minderwert bei § 818 Abs. 3 BGB hat ganz andere Funktion, nämlich Schutz des Bereicherungsschuldners, und kann daher nicht zur Argumentation herangezogen werden

- Mehrerlös beruht (möglicherweise) auf Verhandlungsgeschick des Bereicherungsschuldners; dieser Wert ist dem Bereicherungsgläubiger gerade nicht zugewiesen; (zumindest im Falle eines zugrundeliegenden, nur unwirksamen Kausalgeschäfts) würde der Leistende mehr erhalten, als ihm der Leistungsgegenstand selbst (ausweislich des Kausalgeschäfts) wert gewesen ist
- Analogie zu § 816 BGB und § 281 BGB nicht tragfähig, da Rechtsfortsetzungsgedanke (§ 816 BGB als Ersatz für verlorenen Anspruch aus § 985 BGB) bzw. Kenntnis von Herausgabepflicht und Verhinderung von Vertragsbruch (Präventionsgedanke) wie bei § 285 nicht zutreffend für § 818 BGB .
- Widersinnig, den Gewinn bei Abs. 1 ausdrücklich *nicht* miteinzubeziehen, um ihn dann über Abs. 2 doch zu berücksichtigen
- mit Subjektivierung verfolgte Zwecke (Gewinnherausgabe, aufgedrängte Bereicherung) auch im Rahmen von Abs. 1 bzw. Abs. 3 erzielbar

2. Ergebnis

530 Auf Grundlage der objektiven Wertbestimmung *(aA vertretbar)*: V hat gegen K aus § 812 I 1 Fall 2 BGB nur einen Anspruch auf Herausgabe von 20.000 Euro.

****

VIII. Fall 8 (Das kranke Pferd – Bereicherungsrecht)

Thema: Wegfall der Bereicherung, oben Teil I, S. 23 ff.

531 Der redliche S erlangt rechtsgrundlos Eigentum und Besitz an einem Pferd. Bereicherungsgläubiger G verlangt das Pferd heraus. S macht geltend: (1) Er habe das Pferd für 2.000 Euro gefüttert; (2) er habe 1.000 Euro Honorar an einen Tierarzt aufgewendet; (3) das Pferd habe sein anderes Pferd mit einer Krankheit infiziert, woraus weitere 500 Euro Honorar an einen Tierarzt angefallen sind. G wendet ein, das herauszugebende Pferd sei immer noch krank, und S habe das Pferd geritten.

Lösungshinweise:

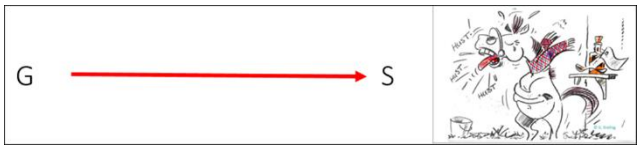
Lösungshinweise: 76
1. G gegen S auf Herausgabe des Pferdes aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB 76
   a) Tatbestand des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB 76
   b) Rechtsfolgen des Anspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB 76
      (1) Herausgabe 76
      (2) Nutzungen, § 818 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB 76
      (3) Wegfall der Bereicherung, § 818 Abs. 3 BGB 76
         (a) Fütterungskosten und Tierarzthonorar (für erlangtes Pferd): Euro 3000 77
         (b) Tierarzthonorar für weiteres Pferd (Euro 500) 77
         (c) „Untergang“ des Gegenwerts für das Reiten 77
2. Ergebnis 77

1. G gegen S auf Herausgabe des Pferdes aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB

532

a) Tatbestand des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB

S hat durch Leistung des G Eigentum und Besitz am Pferd erlangt.



b) Rechtsfolgen des Anspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB

533

(1) Herausgabe

Eigentum und Besitz am Pferd sind herauszugeben, da ein Rechtsgrund fehlt. Unerheblich ist, dass das Pferd erkrankt ist. Grundsätzlich ist das Erlangte in dem Zustand herauszugeben, in dem es noch vorhanden ist.

Es ist daher nach hM auch kein Wertersatz wegen Teil„unmöglichkeit“ geschuldet. Somit ist kein Ersatz für die Krankheit des Pferdes zu leisten.

(2) Nutzungen, § 818 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB

534 Herauszugeben ist ferner der objektive Wert der tatsächlich gezogenen Nutzungen iSv §§ 100, 99 BGB, insbesondere Gebrauchsvorteile (nicht aber schuldhaft unterlassene Nutzungen, §§ 818 IV, 819 BGB *e contrario*).

Hier ist demnach herauszugeben der wirtschaftliche Wert des Reitens, der konkret dem Sachverhalt nicht zu entnehmen ist. Maßstab wären beispielsweise die Kosten einer anderweitigen Pferdemiete.

Erfolgte das Reiten aber um das Pferd im Rahmen der tierüblichen Pflege „in Bewegung zu halten“, liegen keine Nutzungen vor.

(3) Wegfall der Bereicherung, § 818 Abs. 3 BGB

535 § 818 Abs. 3 BGB ist anwendbar, da § 818 Abs. 4 BGB bzw. § 819 BGB wegen Redlichkeit nicht einschlägig sind. Das gilt auch für den Fall der Naturalherausgabe, dh nicht nur für Wertersatz („... Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ...“)

(a) Fütterungskosten und Tierarzthonorar (für erlangtes Pferd): Euro 3000

Fütterungskosten und Tierarzthonorar sind abzugsfähige Aufwendungen, da sie mit Blick auf die erlangte Sache erfolgen. **536**

Das gilt auch für die Nutzlosigkeit der Aufwendungen für den Tierarzt. Nutzlosigkeit ist im Bereicherungsrecht bedeutungslos, da es bei § 818 Abs. 3 BGB um den Schutz des Bereicherungsschuldners geht.

(b) Tierarzthonorar für weiteres Pferd (Euro 500)

Folgeschäden (an anderen Rechtsgütern) sind nach einer MM als *kausal* durch Erwerb bedingte Aufwendung abzugsfähig. Nach hM geht das für eine sachgerechte Risikoverteilung zu weit. Danach sind nur im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs getätigte Aufwendungen abzugfähig. **537**

Hier sind die Folgeschäden nicht im Vertrauen, sondern *nur kausal* durch Erwerb begründet; auch bei Kenntnis der Herausgabepflicht wäre das eigene Pferd angesteckt worden und hätte behandelt werden müssen.

Daher sind die Folgeschäden nicht abzugsfähig im Rahmen von § 818 Abs. 3 BGB.

(c) „Untergang“ des Gegenwerts für das Reiten

- nicht abziehbar aufgrund des Aspekts der Ersparnis von Aufwendungen

2. Ergebnis

- Herausgabe des Pferdes **538**
- Zug um Zug (*Larenz/Canaris* § 73 I 4 a) gegen Ersatz der bereicherungsmindernd in Ansatz gebrachten Aufwendungen (Euro 3.000) unter Abzug der gezogenen Nutzungen (Euro-Betrag des Gegenwerts des Reitens unbestimmt).

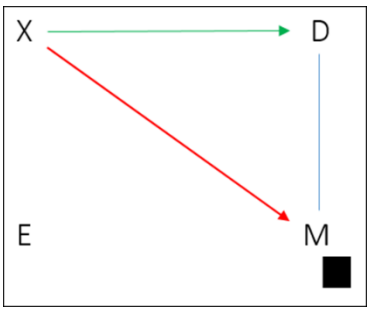
****

IX. Fall 9 (Besitzschutzansprüche / fehlerhafter Besitzer)

Thema: Besitz und Besitzschutz, insbesondere verbotene Eigenmacht, oben Teil I, S. 32

s. auch Übersichten zum Besitz, unten Teil III, S. 136f.

D nimmt X eine Sache weg und vermietet sie an M, der die Wegnahme kennt. X hatte die Sache seinerseits beim Eigentümer E gestohlen. Welche Rechte hat X? **539**



Lösungshinweise

1. Possessorische Ansprüche 77
a) X gegen M 77
b) X gegen D 78
2. Petitorische Ansprüche 78

Das kleine Fallbeispiel soll „verbotene Eigenmacht“ und „fehlerhaften Besitz“ vertiefen.

Vorüberlegungen: Ein Anspruch aus § 985 BGB scheidet aus, da X nicht Eigentümer ist (sondern E).

Auch ein Selbsthilferecht des X gegenüber M nach § 859 BGB scheidet aus. Nach § 859 Abs. 2 BGB kann der frühere Besitzer dem fehlerhaften Besitzer die Sache mit Gewalt zwar wieder wegnehmen. Und zwar auch einem Besitznachfolger (hier: M) gegenüber (vgl. §§ 859 Abs. 4, 858 Abs. 2 Satz 2 BGB). Allerdings nur, wenn der Täter auf „frischer Tat“ betroffen oder verfolgt worden war. Das ist vorliegend nicht der Fall.

In Betracht kommen also nur Besitzschutzansprüche.

1. Possessorische Ansprüche

a) X gegen M

aa) X könnte von M Herausgabe der Sache (Wiedereinräumung des Besitzes) verlangen nach § 861 Abs. 1 BGB.

Die Bestimmung hat drei Voraussetzungen: **540**

- Besitzentzug
- verbotene Eigenmacht
- fehlerhafter Besitz

Beachte: Aktivlegitmiert bei § 861 BGB ist der frühere Besitzer, die Passivlegitimation liegt bei demjenigen, der fehlerhaft besitzt!

Erste Voraussetzung ist der Entzug des Besitzes durch D. D hat die Sache an sich genommen und damit den Besitz des X entzogen.

Beachte: Dass D (und nicht M) die Sache dem X weggenommen hat, schließt nicht aus, dass M Schuldner des Besitzschutzanspruchs ist; denn M kann als Besitznachfolger fehlerhaft besitzen (§ 858 Abs. 2 Satz 2 BGB), dazu sogleich.

Dies erfolgte durch verbotene Eigenmacht nach § 858 Abs. 1 BGB: Der Besitzentzug geschah ohne Willen des X und ohne gesetzliche Gestattung.

Schließlich müsste M passivlegitimiert sein. Passivlegitimiert ist, wer fehlerhaft besitzt. M selbst hat die Sache nicht weggenommen. Der M besitzt gleichwohl gegenüber dem X fehlerhaft, weil er den Besitz von D erlangt hat (auf der Grundlage eines Mietvertrags) und M beim Erwerb bösgläubig war, § 858 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 BGB.

541 bb) Der Anspruch könnte jedoch nach § 861 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sein. Voraussetzung ist, dass der entzogene Besitz dem *gegenwärtigen* Besitzer (also M) gegenüber **fehlerhaft** war.

542 Der Besitz des X war fehlerhaft nach § 858 Abs. 2 Satz 1 BGB, denn er hatte die Sache dem E weggenommen.

Die Fehlerhaftigkeit bestand aber nicht dem „gegenwärtigen Besitzer" – also M – gegenüber. § 861 Abs. 2 BGB setzt voraus, dass der dem Anspruchsteller entzogene Besitz gerade dem gegenwärtigen (fehlerhaften) Besitzer (hier M) gegenüber fehlerhaft ist. Das ist nicht der Fall, denn X hatte die Sache nicht M weggenommen, sondern E. X hat also gegenüber E fehlerhaft besessen.

> *Exkurs:* Der Besitz des X war aber gegenüber E fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes ist bei § 861 Abs. 2 BGB *relativ* zu betrachten. Hätte E dem X die Sache wieder weggenommen, würde ein Anspruch des X wegen § 861 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sein. § 861 Abs. 2 BGB erfasst nur die Fälle „wechselseitiger verbotener Eigenmacht": A nimmt B eine Sache wieder weg, die B zuvor A weggenommen hatte; hier soll sich B, der als erster verbotene Eigenmacht begangen hatte, nicht auf § 861 Abs. 1 BGB berufen dürfen. – Das Selbsthilferecht nach § 859 BGB steht aber auch dem fehlerhaften Besitzer gegenüber demjenigen zu, dem gegenüber er fehlerhaft besitzt. B hätte sich also mit Gewalt der Wegnahme durch A erwehren können.

cc) Auch ist der Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB hier nicht nach § 864 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn die Jahresfrist nicht abgelaufen ist bzw. innerhalb der Frist Klage erhoben wurde.

b) X gegen D

543 X kann aber auch von D nach § 861 Abs. 1 BGB Herausgabe verlangen. Herauszugeben ist der mittelbare Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs aus dem Mietverhältnis (§ 870 BGB).

Die Vollstreckung richtet sich nach § 886 ZPO.

2. Petitorische Ansprüche

544 § 1007 Abs. 2 BGB (der grundsätzlich einen Anspruch auch gegen den redlichen Besitzer gibt, wenn dem früheren Besitzer die Sache abhanden gekommen war) scheidet hier aus, weil X bei Erwerb seines Besitzes (er hatte den E bestohlen!) bösgläubig war, § 1007 Abs. 3 Fall 1 BGB.

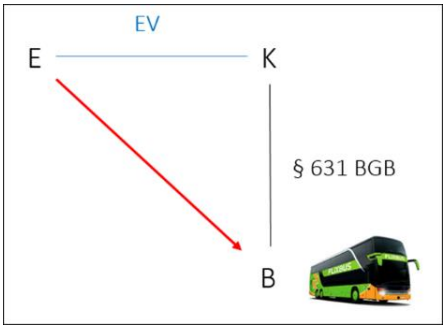
§ 823 BGB (Besitz als absolutes Recht) scheidet aus, weil X kein Recht zum Besitz hatte.

****

X. Fall 10 (Zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis)

Thema: Anwendung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, Verwendungsersatz, oben Teil I, S. 43. und das Recht zum Besitz, Teil I, S. 37

→ zum EBV unten Teil III, S. 139ff. und zum Besitz unten Teil III, S. 124ff.



545 E verkauft an K einen Bus unter Eigentumsvorbehalt, der bei einem Verkehrsunfall beschädigt wird. K lässt den Bus bei B reparieren. Weil K den Kaufpreis nicht bezahlt, tritt E wirksam vom Kaufvertrag zurück und verlangt von B den Bus heraus. B verweigert die Herausgabe unter Hinweis auf die noch offene Reparaturrechnung. Welche Ansprüche hat E gegen B?

Lösungshinweise

1. Anspruch E gegen B auf Herausgabe des Busses aus § 985 BGB

546 1. Voraussetzung ist, dass **E noch Eigentümer** des Busses ist. Dieses Merkmal ist gegeben, denn die Veräußerung an den B erfolgte nur unter Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB). Da die Bedingung (Zahlung des Kaufpreises) nicht eingetreten ist, ist E ist weiterhin Eigentümer.

2. B müsste **Besitzer** sein. B erlangt durch Übertragung der tatsächlichen Sachherrschaft (§ 854 BGB) zum Zweck der Reparatur unmittelbaren Besitz. Dass B dem K den Besitz mittelt und daher Fremdbesitzer ist, spielt keine Rolle.

547 3. Fraglich ist, ob B ein **Recht zum Besitz** nach § 986 Abs. 1 BGB hat.

a) **Eigenes Recht zum Besitz** des B, § 986 Abs. 1 Satz 1 *Fall 1* BGB

aa) Recht zum Besitz aus **Werkvertrag** mit K? Das ist zu verneinen, denn dieser entfaltet bloß relative Wirkung zu K, nicht gegenüber E.

bb) Zu prüfen ist, ob B ein gesetzliches **Werkunternehmerpfandrecht** nach § 647 BGB erlangt hat; dieses würde ihm ein *dingliches* Recht zum Besitz geben, das denn auch gegenüber E wirkt.

548 (1) Unternehmerpfandrecht am *Bus*?

Ein Erwerb nach § 647 BGB entfällt, da der Bus nicht Sache „des" Bestellers (also nicht sein Eigentum) ist. Nach § 1257 BGB finden die Regeln über das vertragliche Pfandrecht Anwendung. Aber kein gutgläubiger Erwerb über §§ 1207, 932 BGB, da

kein Gutglaubensschutz bei **gesetzlichen** Erwerbstatbeständen (Anhaltspunkt § 1257 BGB: „auf ein **kraft Gesetzes** [sc. bereits zuvor] entstandenes Pfandrecht“).

(2) Erwerb eines Unternehmerpfandrechts am *Anwartschaftsrecht* des K auf Erwerb des Busses? **549**

Das Anwartschaftsrecht ist die gesicherte Teilrechtsposition, deren Erstarken zum Vollrecht (idR Eigentum) nur noch vom Verhalten des Inhabers (beim Eigentumsvorbehalt: Zahlung des Kaufpreises) abhängig ist, dh nicht mehr durch Dritte verhindert werden kann.

K besaß tatsächlich ein Anwartschaftsrecht am Bus aus Vorbehaltskauf. Dieses wird wie Eigentum behandelt. Folglich hat B daran ein gesetzliches Pfandrecht nach § 647 BGB erlangt.

Das Pfandrecht ist aber **untergegangen**. V ist nach §§ 449 Abs. 2, 323 BGB wirksam vom Kaufvertrag zurück getreten. Mit Rücktritt vom Kaufvertrag erlischt das Anwartschaftsrecht, da ein Vollrechtserwerb von nun an ausgeschlossen ist. Damit entfällt auch ein Pfandrecht am Anwartschaftsrecht und damit auch das Recht zum Besitz des B.

b) In Betracht kommt ein **abgeleitetes Recht zum Besitz** des B, § 986 Abs. 1 Satz 1 *Fall 2* BGB. **550**

Zunächst war K zum Besitz berechtigt, mittelbar aufgrund des Werkvertrags mit K auch B.

Wegen Rücktritts vom Vorbehaltskauf und Wegfall des Anwartschaftsrechts entfällt allerdings das Recht zum Besitz des K gegenüber E und damit auch das abgeleitete Recht zum Besitz des B.

Zwischenergebnis: B hat kein Recht zum Besitz, weder ein eigenes noch ein abgeleitetes Recht. Damit besteht der Vindikationsanspruch des E.

2. Zurückbehaltungsrecht?

Zu prüfen ist aber ein **Zurückbehaltungsrecht** aus §§ 1000, 994 BGB. **551**

> *Beachte:* § 1000 BGB ist eine Spezialregelung zu § 273 BGB; sie ist erforderlich, da Verwendungsersatzansprüche iSv § 1000 BGB erst mit Genehmigung nach § 1001 Satz 1 Fall 1 BGB entstehen, § 273 BGB aber einen fälligen Anspruch voraussetzt.

aa) §§ 994 ff. BGB sind nur im EBV, dh nur bei nichtberechtigtem Besitz **anwendbar**. B ist nichtberechtigter Besitzer.

Allerdings war B bei Besitzerwerb und wohl auch bei Vornahme der Verwendungen noch zum Besitz berechtigt. Nach Ansicht von BGHZ 34, 122 genügt es, wenn die Nichtberechtigung im Zeitpunkt des Herausgabeverlangens vorliegt, dh wenn die Herausgabe überhaupt nach EBV abgewickelt wird; sonst stünde der berechtigte Besitzer schlechter da als der nichtberechtigte.

bb) Ferner müsste B **Verwendungen** getätigt haben.

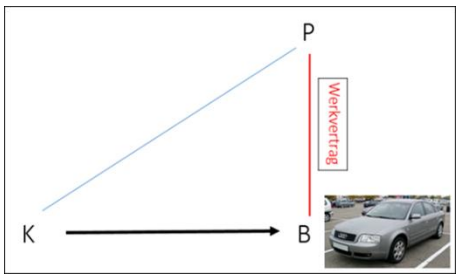
Verwendungen sind willentliche Vermögensaufwendungen, die (zumindest auch) der Sache zugute kommen sollen, insbesondere der Wiederherstellung, Erhaltung oder Verbesserung dienen. Bei Reparaturaufwendungen ist diese Voraussetzung gegeben.

cc) Die **Notwendigkeit** der Verwendungen ist zu bejahen, da sie zur ordnungsgemäßen Verwendung der Sache objektiv erforderlich sind.

Ergebnis: E kann von B Herausgabe des Busses verlangen, aber nur Zug um Zug gegen Ersatz der Reparaturkosten (§§ 985, 1000 BGB). **552**

****

XI. Fall 11 (Besitz bei Probefahrt, Verwendungs-, Nutzungsersatz im EBV)



K überlässt seiner Freundin P seinen älteren Audi A 6 Diesel zum dauerhaften Gebrauch. Nachdem der Motor nicht mehr die volle Leistung generiert, bringt P den Wagen in die Werkstatt des B. Man vereinbart, dass B einen Austauschmotor einbaut. Später holt P den Wagen ab. Auf einer Probefahrt, die P in Begleitung des auf dem Beifahrersitz sitzenden B unternimmt, zeigen sich Beschleunigungsdefizite. Es kommt zum Streit zwischen P und B über mögliche Defekte am neuen Motor und den Werklohn. Auf Bitten des B entriegelt P die Motorhaube. B steigt aus und begibt sich zum Motorraum, um nach dem Defekt zu suchen. Als P ebenfalls den Wagen verlässt, besteigt B wortlos und unvermittelt den Fahrersitz des Autos, lässt den Motor an und fährt den Wagen auf sein Betriebsgelände, wo er den Austauschmotor wieder ausbaut. K ruft P an und teilt ihr mit, er übernehme jetzt die Sache mit dem Auto; sie solle in Zukunft Bus fahren.

1. K informiert B von der Kündigung des Leihvertrags und fordert von B Herausgabe des Autos mitsamt dem Austauschmotor. Zu Recht?

Lösungshinweise:

Anspruch K gegen B auf Herausgabe des Wagens mit Austasuchmotor?

1. Anspruchsgrundlage § 861 BGB

Nach § 861 Abs. 1 BGB kann K von B Wiedereinräumung des Besitzes verlangen, wenn der Besitz des K durch verbotene Eigenmacht entzogen worden war. **553**

Die Aktivlegitimation des K kann sich aus § 869 BGB ergeben; danach steht dieser Anspruch auch dem mittelbaren Besitzer zu.

> *Hinweis*: § 869 BGB gibt dem mittelbaren Besitzer nur die Ansprüche aus §§ 861, 862 BGB. Über den Wortlaut hinaus soll dem mittelbaren Besitzer nach hM auch das Selbsthilferecht nach § 859 BGB zustehen (RGZ 146, 182, 190; *Palandt/Herrler*, § 869, Rn. 2; MünchKommBGB/*Joost*, § 869, Rn. 7, weil andernfalls die Rechtsfriedensfunktion gefährdet ist, da der mittelbare Besitz nicht nach außen erkennbar ist).

Verbotene Eigenmacht liegt vor, wenn dem Besitzer ohne dessen Willen der Besitz entzogen wird (§ 858 BGB). Verbotene Eigenmacht kann nur gegen den unmittelbaren Besitzer begangen werden.

Voraussetzung ist daher, dass P unmittelbare Besitzerin des Wagens war, als B ihn ohne Willen der P zu seinem Betriebsgelände zurück gefahren hat.

> *Beachte*: P war als werkvertragliche Bestellerin sicher mittelbare Besitzerin, aber das genügt für § 858 BGB nicht. § 858 BGB schützt nur den unmittelbaren Besitzer.

Die Frage ist daher, ob B nach der Verkehrsanschauung P den unmittelbaren Besitz am Fahrzeug eingeräumt hatte, als beide zur Probefahrt aufbrachen, P am Steuer und B auf dem Beifahrersitz.

Gewöhnlich stellt man für den Besitz am Pkw auf den Besitz am Pkw-Schlüssel ab. Das hilft aber nicht viel weiter, weil auch insofern nur Besitzdienerschaft vorliegen kann.

Nach BGH NJW-RR 2017, 818, Rn. 19 ff. bleibt der Werkunternehmer bei einer Probefahrt („kurzzeitiger Test“) Besitzer, sein Besitz wird allenfalls gelockert. Das gilt insbesondere, wenn er an der Probefahrt selbst teilnimmt. Der BGH stellt auf § 856 Abs. 2 BGB ab, ferner darauf, dass der Werkunternehmer ein mögliches Unternehmerpfandrecht (§ 647 BGB) nach §§ 1257, 1253 Abs. 1 BGB verlieren würde, wenn er den unmittelbaren Besitz aufgibt.

> *Beachte*: BGH NJW-RR 2017, 818 hat nur den Fall entschieden, dass im Rahmen eines Werkvertrags bei einer Werkstatt-Probefahrt im Beisein des Unternehmers der Besteller keinen unmittelbaren Besitz erlangt. Nicht entschieden worden ist, ob das auch dann gilt, wenn der Unternehmer nicht mitfährt.
>
> BGH NJW-RR 2017, 818, Rn. 11 lässt auch ausdrücklich offen, wie bei einer Probefahrt während *Verkauf*sverhandlungen die Besitzverhältnisse sind. Die hM geht hier von bloßer Besitzdienerschaft des Kaufinteressenten aus. Dem kann man zustimmen, jedenfalls wenn der Verkäufer mitfährt.
>
> *Frage*: Wie würden Sie entscheiden, wenn der Verkäufer bei der Probefahrt nicht mitfährt? Ist der Kaufinteressent dann unmittelbarer Besitzer des Pkws? Kann man § 856 Abs. 2 BGB dafür etwas entnehmen?

P ist also während der Probefahrt nicht unmittelbare Besitzerin geworden. Damit kann B keine verbotene Eigenmacht gegen P begangen haben.

Ein Herausgabeanspruch des K gegen B aus §§ 869, 861 BGB scheidet aus.

2. Anspruchsgrundlage § 985 BGB

554 a) K ist Eigentümer des Autos.

b) Erstreckt sich § 985 BGB auch auf den Austauschmotor?

K könnte nach § 947 Abs. 2 BGB durch den Einbau des Austauschmotors in das Auto („Hauptsache“) auch Eigentümer des Austauschmotors geworden ist. Daran würde sich durch den späteren Ausbau des Austauschmotors auch nichts mehr ändern. Voraussetzung des Eigentumserwerbs des K am Austauschmotor nach § 947 Abs. 1 BGB ist, dass der Austauschmotor mit dem Einbau wesentlicher Bestandteil des Pkws geworden ist.

Das bestimmt sich nach § 93 BGB. Entscheidend ist danach, ob nach der Trennung der eine oder andere Bestandteil nicht mehr wirtschaftlich genutzt werden kann. Nach BGHZ 61, 80 ist ein Austauschmotor kein wesentlicher Bestandteil eines Pkws:

> „Für die Frage, wann durch die Trennung von Bestandteilen deren Wesen verändert wird, ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten. Entscheidend ist, ob die Bestandteile [beide!] in der bisherigen Art wirtschaftlich genutzt werden können …. Der Kfz-Motor kann jederzeit als Antriebsmaschine für andere Fahrzeuge oder stationär verwandt werden. Die übrigen Bestandteile sind nach dem Ausbau des Motors auch dann, wenn das Kfz nicht mehr im Eigentum des Herstellungsbetriebes steht und nicht zur Veräußerung bestimmt ist, gleichfalls in der bisherigen Weise zu verwenden. Es kann ein anderer Motor eingebaut und dadurch wieder ein betriebsfertiges Kfz geschaffen werden.“

Folglich erstreckte sich das Eigentum am Auto *nicht* nach §§ 947 Abs. 2, 93 BGB auf den Austauschmotor. K ist nicht Eigentümer des Austauschmotors geworden. *Insofern* besteht kein Herausgabeanspruch.

> *Hinweise*: Für eine Übereignung des Motors von B an K nach § 929 BGB bestehen ebenfalls keine Anhaltspunkte. Allenfalls käme eine rechtsgeschäftliche Übereignung – unter Eigentumsvorbehalt? – an die Bestellerin P in Betracht (Frage der Auslegung). K wäre nur Eigentümer geworden, wenn P ihn vertreten hätte, wofür es keine Anhaltspunkte gibt. Ein Geschäft für den den es angeht, scheidet von vornherein aus.

c) B ist Besitzer des Autos. B erlangte durch Übertragung der tatsächlichen Sachherrschaft (§ 854 BGB) zum Zweck der Reparatur unmittelbaren Besitz.

d) Die Frage ist, ob B ein Recht zum Besitz am Wagen hat (§ 986 BGB).

(1) Eigenes Recht zum Besitz aus Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB)? Hier ist jedenfalls kein gesetzliches Werkunternehmerpfandrecht entstanden, weil das Auto nicht P als Bestellerin gehörte (→ Fall 10).

(2) Abgeleitetes Recht zum Besitz nach § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB? Ein solches bestand zunächst, ist aber entfallen durch das Telefonat K/P, worin K den Leihvertrag gekündigt hatte. Mit Wegfall des Leihvertrags wird die „Besitzrechtskette“ K/P/B durchbrochen. B steht ein Recht zum Besitz nicht mehr zu.

e) *Zwischenergebnis*: K steht ein Anspruch auf Herausgabe des Pkws zu, nicht auf Herausgabe des Austauschmotors.

f) Zu prüfen ist ein Zurückbehaltungsrecht des B aus § 1000 BGB. **555**

→ eingehend Fall 10

Ist § 1000 BGB anwendbar? Grundsätzliche Voraussetzung ist das Bestehen einer **Vindikationslage**. Nach BGHZ 34, 122 genügt für die Anwendung der §§ 994 ff. BGB eine nachträglich entstandende Vindikationslage; sonst stünde der zunächst berechtigte Besitzer schlechter da als der von Anfang an nichtberechtigte Besitzer. Unerheblich ist, dass ein berechtigter Besitzer die Verwendungen getätigt hat, wenn er nur bei Herausgabeverlangen unberechtigt geworden ist (nachträglich unberechtigter Besitzer). Die nachträgliche Vindikationslage liegt vor.

Voraussetzung der §§ 994 ff. BGB sind ferner ersatzfähige **Verwendungen**. Verwendungen sind Vermögensopfer auf die Sache, die ihr zugute kommen, ohne sie grundlegend zu verändern. Der Einbau des Motors kommt dem Wagen sicher „zugute“. Allerdings ist umstritten, ob Verwendungen vorliegen, wenn sich das Eigentum des Vindikationsberechtigten nicht darauf erstreckt, weil der Besitzer dann keine Einbuße erlitten hat (für Verwendungen gleichwohl *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 11, Rn. 60 [Austauschmotor]; dagegen *Staudinger/Gursky*, vor § 994, Rn. 11: Es müsse sich um ein echtes Vermögensopfer des Besitzers handeln; ein solches wird regelmäßig fehlen, wo der Besitzer eigene Sachen mit der fremden *ohne Eigentumsverlust* verbindet).

Für die Ansicht, dass Verwendungen ausscheiden, wenn es sich nicht um wesentliche Bestandteile handelt, spricht, dass der Besitzer sie jederzeit nach § 985 BGB herausverlangen kann. Ein Austauschmotor kommt dem Pkw also nicht dauerhaft zugute. Dann ist ein verwensungsersetzrecht nicht angezeigt.

Ergebnis: Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB scheidet aus.

g) *Endergebnis*: K steht ein Anspruch auf Herausgabe des Pkws (ohne den Austauschmotor) zu.

****

XII. Fall 12 (Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – zur Wiederholung)

Thema: Die Rechtsfolgen des EBV, oben Teil I, S. 45 ff.

s. hierzu auch Teil III, S. 139ff.

D entwendet die Stute des E und verkauft sie an den redlichen B. B reitet die Stute selbst, vermietet sie tageweise an einen Reitverein und hat Aufwendungen für Futterkosten. Die Stute fohlt. E verlangt von B Herausgabe „des Erlangten“ einschließlich des Fohlens. **556**

Variante 1: Wie, wenn die Vermietung und die Geburt des Jungtieres nach Erhebung der Herausgabeklage stattfanden?

Variante 2: Wie, wenn das Fohlen infolge eines Versehens des bei der Geburt hinzugezogenen Tierarztes verendet?

Lösungshinweise

1. Ursprungsfall 81
   a) E gegen B 81
      (1) Muttertier 81
      (2) Fohlen 82
      (3) Mietzins 82
      (4) Eigene Gebrauchsvorteile 82
   b) Zurückbehaltungsrecht des B aus § 1000 BGB? 82
2. Fallabwandlung 1 82
   a) E gegen B 82
      (1) Stute 82
      (2) Fohlen 82
      (3) Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB 82
   b) B gegen E 82
3. Fallabwandlung 2 82
   E gegen B 82

1. Ursprungsfall

a) E gegen B

(1) Muttertier **557**

aa) E kann von B Herausgabe der Stute aus § 985 BGB verlangen. Dazu muss der E noch Eigentümer, der B Besitzer ohne Recht zum Besitz (§ 986 BGB) sein.

Der Diebstahl des D und die anschließende Veräußerung an B lassen die ursprüngliche Eigentumslage unberührt. D ist weder Eigentümer noch von diesem gemäß § 185 Abs. 1 BGB zur Verfügung ermächtigt worden. Ein gutgläubiger Erwerb des B scheitert an § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB.

B ist, soweit die Stute nicht im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs noch vermietet ist, unmittelbarer Besitzer. Ansonsten kann auch vom mittelbaren Besitzer nach h.M. (BGHZ 53, 29) die Herausgabe oder, als ein Weniger, die Übertragung des mittelbaren Besitzes (§ 870 BGB) verlangt werden.

bb) Allerdings könnten die Aufwendungen für das Futter ein Recht zum Besitz begründen, § 986 BGB. Hier kommt nur ein Zurückbehehaltungsrecht aus § 1000 BGB in Frage. Nach h.M. (MünchKommBGB/*Baldus* § 986 Rdnr. 19) geben Zurückbehaltungsrechte kein Besitzrecht iSv § 986 Abs. 1 Fall 1 BGB. Eine Herausgabeklage wird nicht abgewiesen, sondern es erfolgt, auch ohne einen entsprechend formulierten Antrag, die Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug, § 274 BGB. Insofern hat B kein Recht zum Besitz und E einen Anspruch auf Herausgabe der Stute aus § 985 BGB.

(2) Fohlen

558 aa) E hat nur einen – dinglichen – Anspruch aus § 985 BGB, wenn er Eigentümer des Fohlens ist. B hat allerdings nach § 955 Abs. 1 Satz 1 BGB Eigentum an dem Fohlen erworben Diese Vorschrift ist auch auf Tiere anwendbar, § 90a Satz 3 BGB. B hatte die Stute in Eigenbesitz. Die fehlende Besitzberechtigung war ihm weder bekannt noch verkannte er sie grob fahrlässig.

bb) Auch ein – schuldrechtlicher – Anspruch auf das Fohlen aus Nutzungsherausgabe nach § 987 BGB scheidet wegen Redlichkeit des B und der Einhaltung der Regeln einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung aus, §§ 987 ff. BGB.

cc) Ansprüche gemäß §§ 812 ff. BGB scheitern an der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, § 993 Abs. 1 BGB.

(3) Mietzins

559 Der Mietzins stellt eine mittelbare Sachfrucht dar, § 99 Abs. 3 BGB. Ein Anspruch aus den §§ 987 - 992 BGB ist aber nicht ersichtlich. § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB schliesst weitere Ansprüche wegen gezogener Nutzungen im übrigen grundsätzlich aus.

(4) Eigene Gebrauchsvorteile

560 Auch hierbei handelt es sich um eine unter die abschließende Regelung des § 993 Abs. 1 BGB fallende Nutzung. Nutzungen sind auch solche Vorteile, die der Gebrauch der Sache gewährt, § 100 Fall 2 BGB.

b) Zurückbehaltungsrecht des B aus § 1000 BGB?

561 Ein Zurückbehaltungsrecht kann sich aus § 1000 BGB ergeben. Voraussetzungen sind ersatzfähige Verwendungen. Die Futterkosten kommen zwar der Stute zugute und stellen daher grundsätzlich Verwendungen dar, sind aber innerhalb des Zeitraumes entstanden, für den dem B die Nutzungen verbleiben. Insofern sind gewöhnliche Erhaltungskosten (und dazu gehören z.B. Tierarzt oder Futterkosten) nicht zu erstatten, § 994 Abs. 1 Satz 2 BGB.

2. Fallabwandlung 1

a) E gegen B

(1) Stute

562 Hinsichtlich der Herausgabe der Stute besteht der Anspruch aus § 985 BGB (s.o.).

(2) Fohlen

563 aa) Ein Anspruch des E aus § 985 BGB scheitert wiederum an §§ 955 Abs. 1 Satz 1, 90a Satz 3 BGB. Danach ist B Eigentümer des Fohlens geworden.

bb) Allerdings besteht ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung aus § 987 Abs. 1 BGB. Das Jungtier ist nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit (§§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1, Abs 2 ZPO) geboren worden. Das Fohlen ist auch eine Nutzung iSv §§ 100 Fall 1, 90a Satz 3 BGB.

(3) Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB

564 B darf in der Variante 1 die Nutzungen nicht behalt, folglich kann er Ersatz der Futterkosten verlangen, die Verwendungen darstellen; § 994 Abs. 1 Satz 2 BGB greift nicht ein.

b) B gegen E

565 Die Tierarztkosten bekommt B nach § 102 BGB (eigenständige Anspruchsgrundlage!) von E ersetzt. Voraussetzung ist, dass diese Kosten für das Fohlen angefallen sind, vgl. den Wortlaut des § 102 BGB: „... Herausgabe von Früchten ...“.

Hinsichtlich der Mutterstute bleibt es bei § 994 BGB.

3. Fallabwandlung 2

E gegen B

566

§ 989 BGB ist nur auf die Stute und mangels Vindikationsanspruchs nicht auf das Fohlen anwendbar.

Der B wird von seiner Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an dem Fohlen aus § 987 Abs. 1 BGB frei, § 275 Abs. 1 BGB. Soweit B ein Verschulden trifft, haftet er E auf Schadensersatz, §§ 280 Abs. 1, 3, 283 Satz 1 BGB. Hier hat sich B nach § 278 BGB das Verschulden des Tierarztes zuzurechnen; das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ist eine Sonderrechtsbeziehung.

****

XIII. Fall 13 (Zur Geschäftsführung ohne Auftrag)

Thema: GoA, Geschäftsherrninteresse, Teil I, S. 58 ff., S. 60.

Hauseigentümer E ist in Urlaub. Nachbar N begibt sich auf das Grundstück des E und beginnt, den Unrat zu entfernen, die Hecken zu schneiden, das Gras zu mähen und Blumen anzupflanzen. Später erhält E den 1. Preis der Zeitschrift: „Mein Garten und Ich“. Rechte des N gegen E? **567**

Lösungshinweise

1. Anspruch auf Aufwendungsersatz 83
2. Herausgabe des Preises 83
3. Ergänzung: Ansprüche E gegen N 83

1. Anspruch auf Aufwendungsersatz

a) N könnte seinen Anspruch auf Aufwendungsersatz auf §§ 683 Satz 1, 670 BGB stützen. Die Übernahme muss dem Interesse und dem wirklichen Willen entsprechen. Soweit dieser fehlt oder nicht erkennbar ist, kommt es auf den mutmaßlichen Willen an. Dazu hätte der Geschäftsherr bei objektiver Beurteilung der Gesamtumstände der Geschäftsführung zustimmen müssen. **568**

Die äußeren Umstände lassen jedoch eher darauf schliessen, dass dem E das Aussehen seines Gartens gleichgültig ist. Soweit die Unordnung als sein erklärter wirklicher Wille verstanden wird, kommt es auf eine objektive Würdigung nicht an. Der wirkliche Wille geht dem objektivierten Interesse des Geschäftsherrn und dessen mutmaßlichen Willen vor.

> Nur ausnahmsweise ist der tatsächliche Wille unbeachtlich, § 679 BGB. Dazu müssten die Gegebenheiten auf dem Grundstück eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen, in dem beispielsweise gegen abfallrechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Rechtspflichten verstoßen wird.

b) Als Anspruchsgrundlage kommt ferner § 684 Satz 2 BGB iVm § 683 Satz 2 BGB in Betracht. Dies setzt voraus, dass die Entgegennahme des Preises als konkludente Genehmigung angesehen wird. Ob eine Genehmigung vorliegt, ist Auslegungsfrage. Der Erklärende muss eine mögliche Deutung seines Verhaltens als Genehmigung bei pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen können (BGHZ 109, 177). **569**

Es wäre auch denkbar, dass der E das Geld zur Wiederherstellung des „ursprünglichen“ Zustandes des Grundstücks nutzen wollte und darin demzufolge keine Genehmigung erblickt werden kann.

2. Herausgabe des Preises

Nach § 684 Satz 1 BGB hat der Geschäftsherr bei Nichtvorliegen des § 683 BGB alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt hat, nach den §§ 812 ff. BGB herauszugeben. Unmittelbar hat der E nur das neue Erscheinungsbild seines Grundstücks (Arbeitsleistung, Pflanzen usw.) erlangt. Allerdings ist dies kausal für die anschliessende Preisverleihung. Mithin liegt ein mittelbarer Vorteil vor, der vom Wortlaut des § 684 Satz 1 BGB erfasst wird. **570**

Hinsichtlich dieses Merkmals kann man sich auch am Begriff des Erlangten iSv § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB orientieren. Danach wird jeder Vermögensvorteil erfasst.

Der Anspruch könnte gemäß § 685 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein (rechtshindernde Einwendung des Geschäftsherrn). § 685 BGB gilt auch für § 684 Satz 1 BGB (BGH WM 1984, 1613). Den E trifft für diese Tatsache die Beweislast. **571**

Voraussetzung ist, dass der Geschäftsführer zunächst nicht die Absicht hatte, überhaupt Herausgabe zu verlangen. Der Sachverhalt sagt dazu nichts.

3. Ergänzung: Ansprüche E gegen N

E kann von N nach § 687 Abs. 2 BGB iVm § 678 BGB Schadensersatz verlangen. Der N haftet wegen Übernahmeverschuldens. Sehr problematisch ist indes die Bestimmung des entstandenen Schadens. **572**

Allerdings ist § 687 Abs. 2 Satz 2 iVm § 684 Satz 1 BGB zu beachten, wonach dem N ein Anspruch auf Herausgabe des erlangten Preises zustünde.

Daher kann es günstiger sein, wenn der E einen Schadensersatzanspruch allein auf § 823 BGB stützt. Dieser Anspruch wird auch nicht durch § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB gesperrt, da N nicht Besitzer war. Die Verkehrsanschauung entscheidet, ob eine tatsächliche Sachherrschaft besteht und der N den Besitz an der Sache begründet hat, § 854 Abs. 1 BGB. Insbesondere muss die tatsächliche Herrschaft von gewisser Dauer sein. N befand sich nur während der Aufräumarbeiten auf dem Grundstück. Es mangelt an der Anlegung des Besitzes auf gewisse Dauer. Auch das Vorliegen eines Besitzbegründungswillens ist fraglich. **573**

Im übrigen hätte der N sich nach § 123 StGB strafbar gemacht. Als Deliktsbesitzer (§ 823 Abs. 2 BGB, § 123 StGB) wird er nicht von der Sperrwirkung des EBV erfasst, § 992 BGB. **574**

****

XIV. Fall 14 ([Wissens-]Zurechnung im EBV)

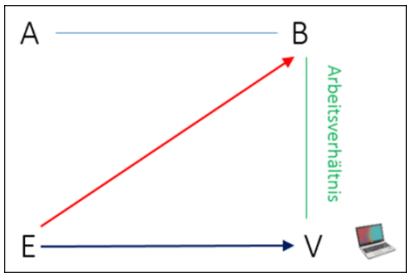
Thema: Besitzdiener im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, oben Teil I, S. 42 ff., insb. S. 44 ff.

→ auch zum EBV unten Teil III, S. 139ff.

575

V ist Angestellter bei B und kauft als Vertreter des B einen Computer bei A, der dem E abhanden gekommen ist, was V, nicht aber B weiß. Infolge leichter Fahrlässigkeit des V wird der Computer zerstört. E verlangt Schadensersatz von B und V.

Variante: Wie, wenn V nicht wusste, dass der Computer dem E abhanden gekommen war?



Lösungshinweise

1. Ausgangsfall 84
   a) Anspruch E gegen B auf Schadensersatz 84
   b) Anspruch E gegen V auf Schadensersatz 84
2. Variante 84
   a) Schadensersatzhaftung des B gegenüber E? 84
   b) Ansprüche E gegen V 85

1. Ausgangsfall

a) Anspruch E gegen B auf Schadensersatz

Mögliche Anspruchsgrundlage sind die §§ 989, 990 BGB.

576 1. Erste (ungeschriebene) Voraussetzung der §§ 989, 990 BGB ist das Vorliegen einer **Vindikationslage** zwischen E und B.

a) E ist Eigentümer; die Übereignung des Computers an V als Vertreter des B konnte nach § 935 Abs. 1 BGB nicht wirksam werden.

b) B müsste ferner Besitzer des Computers (gewesen) sein. Die unmittelbare Sachherrschaft nach § 854 BGB hat er nicht ausgeübt. Allerdings war V als hinsichtlich des Computers weisungsgebundener Mitarbeiter des B Besitzdiener. Nach § 855 BGB war daher (nur) B Besitzer.

577 2. Ferner müsste B nach § 990 Abs. 1 BGB **bösgläubig** gewesen sein. Die Bösgläubigkeit richtet sich nach § 932 Abs. 2 BGB, der auch im Rahmen § 990 BGB Anwendung findet. B kannte das fehlende Recht zum Besitz nicht und er handelte insofern auch nicht grob fahrlässig; Erkundigungspflichten hat er nicht verletzt.

In Betracht kommt allerdings die Zurechnung der Kenntnis des V von der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte und damit die Kenntnis vom Fehlen des Rechts zum Besitz. Grundlage der Zurechnung ist eine Analogie zu § 166 BGB (Fall der Wissenszurechnung).

> *Baur/Stürner* wenden § 831 BGB an, weil es sich um einen deliktsähnlichen Tatbestand handele. Danach könnte sich B exkulpieren.

578 3. §§ 990, 989 BGB setzen weiter **Verschulden** voraus. B selbst hat nicht schuldhaft gehandelt. Aber er muss das Verschulden des V nach § 278 BGB vertreten. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ist ein gesetzliches Schuldverhältnis, auf das daher § 278 BGB anwendbar ist.

> Hieran wird deutlich, dass die Bestimmungen des EBV nicht nur den redlichen Besitzer schützen, sondern auch den Eigentümer gegenüber dem *unredlichen* Besitzer besser stellen; deliktsrechtlich könnte B sich für V nach § 831 BGB exkulpieren.

579 *Ergebnis*: E kann von B Schadensersatz verlangen nach §§ 990, 989 BGB.

> *Beachte*: In dem Fall sind drei Zurechnungsnormen zur Anwendung gekommen: Besitz (§ 855 BGB); Wissen (analog § 166 BGB); Vertretenmüssen (§ 278 BGB)!

b) Anspruch E gegen V auf Schadensersatz

580 Als Anspruchsgrundlage kommt **§ 823 Abs. 1 BGB** in Betracht.

1. Zunächst ist zu prüfen, ob § 823 BGB überhaupt anwendbar ist. Grundsätzlich entfaltet das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gemäß § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB eine Sperrwirkung gegenüber § 823 Abs. 1 BGB. Eine Sperrwirkung scheidet hier aber deshalb aus, weil V nicht Besitzer, sondern nach § 855 BGB **Besitzdiener** ist (→ noch die Fallvariante).

2. Die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB liegen im übrigen vor. V hat fahrlässig das Eigentum des E beschädigt.

581 *Ergebnis*: E kann von V Schadensersatz verlangen.

> *Beachte*: Möglicherweise hat V gegenüber seinem Arbeitgeber B einen Freistellungsanspruch. Nach diesem war hier aber nicht gefragt (→ aber sogleich die Fallvariante).

2. Variante

a) Schadensersatzhaftung des B gegenüber E?

582 Grundlage eines Schadensersatzanspruchs des E gegen B könnte wiederum §§ 990, 989 BGB sein. Eine Vindikationslage liegt vor (s.o.).

Da V allerdings in der Fallvariante das Fehlen des Rechts zum Besitz nicht kennt, scheidet eine Bösgläubigkeit auch des B aus. Eine Zurechnung nach § 166 BGB entfällt.

Ergebnis: E hat keinen Schadensersatzanspruch gegen B.

b) Ansprüche E gegen V

1. V haftet nach § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz (s.o.). Voraussetzung ist zumindest leichte Fahrlässigkeit bei der Beschädigung des Computers. Diese ist nach den Angaben im Sachverhalt gegeben. **583**

2. Allerdings kann V als Arbeitnehmer den arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch gegen B geltend machen. **584**

> Der von der Rechtsprechung entwickelte Freistellungsanspruch bedeutet, dass der Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber ganz oder teilweise Freistellung verlangen kann, wenn er in Ausführung seiner betrieblich veranlassten Tätigkeit einen Dritten ohne Vorsatz geschädigt hat; bei leichter Fahrlässigkeit haftet er nicht. Es kommt heute *nicht* mehr darauf an, ob es sich um „gefahrgeneigte Tätigkeit" handelt (BAG GS, Beschluß vom 27.09.1994, NZA 1994, 1083).

Daraus ergibt sich ein Problem: Die nach §§ 990, 989 BGB nicht gegebene Schadensersatzhaftung des B würde mittelbar über den Freistellungsanspruch doch begründet. Daher wird mit guten Gründen vertreten, in diesem Fall § 823 BGB gegenüber dem Besitzdiener nicht anzuwenden (zuletzt *Magnus*, NJW 2017, 1201, auch zu anderen Konstellationen). **585**

Anders aber BGH NJW 1994, 852, 854:

> (b) Nicht gefolgt werden kann auch dem Bemühen, mit Hilfe von Wertungen aus der für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis geltenden Vorschrift des § 991 II BGB zu einer Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers zu gelangen (s. dazu Baumann, BB 1990, 1833 (1834 ff.); Wohlgemuth, DB 1991, 910 (912)). Selbst wenn, wie diese Autoren meinen, die sich aus § 991 II BGB zu Gunsten des gutgläubigen unrechtmäßigen Besitzers ergebende Haftungsprivilegierung in analoger Anwendung auch auf einen rechtmäßigen Fremdbesitzer zu erstrecken ist, so kann sie doch nicht weitergehend auch auf einen bloßen Besitzdiener (§ 855 BGB), wie es regelmäßig ein Arbeitnehmer ist und im Streitfall der Bekl. war, ausgedehnt werden. Denn die gesamten Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses finden auf den Besitzdiener, der nicht selbst i. S. von § 854 I BGB die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat und deshalb auch nicht der Pflicht zur Herausgabe nach § 985 BGB unterliegt, keine Anwendung (Medicus, in: MünchKomm, § 985 Rdnr. 9). Darin liegt nicht, wie die oben genannten Autoren geltend machen, eine willkürliche Schlechterstellung des Arbeitnehmers, sondern die gebotene Beachtung der gesetzlichen Vorschrift des § 855 BGB, die nicht im Wege teleologischer Reduktion als Sonderrecht für die Außenhaftung von Arbeitnehmern abgeändert werden kann, um für diesen Bereich zu einer erstrebten, dem bürgerlichen Haftungsrecht aber systemfremden Beschneidung des Schadensausgleichs zu gelangen (vgl. Blomeyer, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR, 1992, Bd. 1, S. 954 f. Rdnr. 2 Fußn. 7).

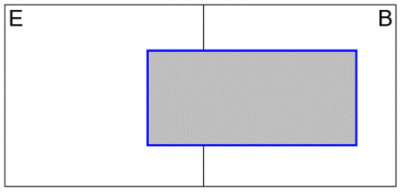
Ergebnis: Folgt man dem BGH, kann E von V Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB verlangen. **586**

****

XV. Fall 15 – Überbau/Verwendungsbegriff

Thema: Überbau; Verwendungsersatz, oben Teil I, S. 51

E und B sind Eigentümer benachbarter Grundstücke. B hat ein Gebäude errichtet und dabei versehentlich über die Grenze gebaut. Ein Teil des neuen Gebäudes steht auf dem Grundstück des E. Welche Rechte hat E? **587**



Wie, wenn E sofort nach Überschreiten der Grenze protestiert hatte?

Lösungshinweise:

1. Ausgangsfall: Rechte des E 85
   a) Anspruchsgrundlage § 1004 BGB 85
   b) Anspruchsgrundlage § 985 BGB 86
   c) Überbaurente, § 912 Abs. 2 BGB 86
2. Variante 86
   a) Ansprüche aus §§ 1004, 985 86
   b) Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB. 87
   c) Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB 87

1. Ausgangsfall: Rechte des E

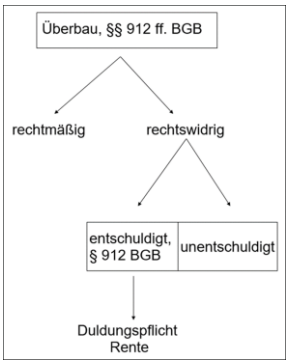
a) Anspruchsgrundlage § 1004 BGB

1. § 1004 Abs. 1 BGB ist gerichtet auf die Beseitigung einer Beeinträchtigung. Der Überbau beeinträchtigt das Eigentum am Grundstück. **588**

B ist (Handlungs-)Störer.

589

2. Der Anspruch besteht nicht, wenn E nach § 912 Abs. 1 BGB den **Überbau** dulden muss, § 1004 Abs. 2 BGB.



Eine Duldungspflicht besteht, wenn B weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. B hat nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt.

> *Hinweis*: Die Kenntnis eines Architekten ist nach § 166 BGB zuzurechnen, nicht aber die des Bauunternehmers und sonstiger Hilfspersonen (BGH NJW 1977, 375).

Ein Widerspruch des E lag nicht vor.

590 *Ergebnis*: Ein Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB besteht nicht. E hat den Überbau zu dulden.

> *Hinweis*: § 912 BGB dient der Erhaltung wirtschaftlicher Einheiten; eine vertikale Teilung des Gebäudes (Teilabriss) würde wirtschaftliche Werte vernichten.

b) Anspruchsgrundlage § 985 BGB

591 Zu prüfen ist ein Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB. Der Anspruch beschränkt sich allerdings darauf, dass der Beklagte seinen Besitz an dem Überbau aufgibt und dem Eigentümer den Besitz an dem auf seinem Grundstück stehenden Teil des Gebäudes überlässt (BGH NJW 2011, 1069, Rn. 23).

1. Voraussetzung ist Eigentum des E am überbauten Grundstückteil. Ursprünglich war E Eigentümer des Grundstücksteils. § 912 BGB führt nicht zum Erwerb des Grundeigentums durch den Überbauenden, der nur den Besitz erlangt. Dies lässt auch § 915 Abs. 1 BGB erkennen.

> *Hinweis:* Umgekehrt wird der Eigentümer des überbauten Grundstücks nicht Eigentümer des Teils des Gebäudes, der über die Grenze gebaut ist; § 912 Abs. 1 BGB ist ein „Recht" im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB (zw.). Eigentümer des Überbaus ist vielmehr der Eigentümer des „Stammgrundstücks", also B.

2. B ist Besitzer des Grundstücksteils, den er überbaut hat, geworden. Durch den Überbau hat er an der entsprechenden Grundstücksfläche tatsächliche Sachherrschaft (§§ 865, 854 BGB [Teilbesitz]) erlangt. Die Voraussetzungen des § 985 BGB sind gegeben.

3. Allerdings folgt aus § 912 BGB auch ein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) des Überbauenden. Andernfalls würde § 912 BGB praktisch leer laufen, wenn zwar § 1004 BGB, nicht aber § 985 BGB ausgeschlossen wäre.

Ergebnis: Auch ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB besteht nicht.

c) Überbaurente, § 912 Abs. 2 BGB

592 Die Voraussetzungen für eine Geldrente sind gegeben.

d) Abkaufrecht, § 915 BGB

593 Ferner hat E ein „Abkaufrecht" nach § 915 BGB; durch einseitige (formlose, § 311b BGB gilt nicht!) Erklärung kann er ein Kaufverhältnis (§ 915 Abs. 1 Satz 2 BGB) hinsichtlich der überbauten Grundstücksfläche zustande bringen; die Höhe des Kaufpreises richtet sich nach dem Wert des Grundstücks.

Erfüllt wird gemäß §§ 873, 925 BGB; zuvor ist der überbaute Grundstücksteil „abzuschreiben" (§ 2 Abs. 3 GBO) und als selbständiges Grundstück im Grundbuch einzutragen.

> *Beachte*: Der Rentenpflichtige (B) hat kein Ankaufsrecht.

e) Besitzschutzansprüche, §§ 861, 862 BGB

594 Eine Besitzentziehung sowie -störung ist vorliegend gegeben. Damit liegen die Voraussetzungen der §§ 861 f. BGB vor. § 912 BGB gestattet die Störung bzw. Entziehung nicht. Auch kann B wegen § 863 BGB nicht die Duldungspflicht nach § 912 BGB einwenden. Das führt allerdings zu dem Ergebnis, dass der Überbau, der eigentumsrechtlich zu dulden wäre, besitzrechtlich nach §§ 861 f. BGB (Ansprüche bestehen ein Jahr, § 864 Abs. 1 BGB) beseitigt werden muss. Darin liegt ein Wertungswiderspruch. Wenn man sich damit nicht abfinden möchte, bleibt die Möglichkeit, Besitzschutz *nur* dann einzuräumen, wenn der *Nachbar sofort widersprochen* hat (§ 912 Abs. 1 a.E. BGB).

2. Fallvariante

595 Es handelt sich in der Variante um einen rechtswidrigen, nicht entschuldigten Überbau, weil E rechtzeitig („sofort") widersprochen hat (§ 912 Abs. 1 a.E. BGB).

a) Ansprüche aus §§ 1004, 985 BGB

596 Bei einem nicht entschuldigten Überbau stehen die Ansprüche auf Beseitigung des Überbaus nach § 1004 Abs. 1 BGB und auf Herausgabe der überbauten Fläche nach § 985 BGB in Anspruchskonkurrenz nebeneinander (BGH NJW 2011, 1069). § 912 Abs. 1 BGB verpflichtet *nicht* zur Duldung, weil E widersprochen hatte.

> *Beachte*: Bei nicht entschuldigtem Überbau ist der Überbauende nicht schutzwürdig und es erwirbt der Eigentümer des überbauten Grundstücks das Eigentum auch an dem Überbau; es erfolgt eine vertikale Teilung des Eigentums! Grundlage sind §§ 93, 94 BGB; mangels § 912 Abs. 1 BGB besteht kein „Recht" iSv § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB.

b) Ansprüche auf Nutzungsherausgabe/Schadensersatz

597 Ansprüche auf Schadensersatz und Herausgabe von Nutzungen nach § 990 BGB entfallen zunächst, wenn B bei der Vornahme des Überbaus allenfalls leicht fahrlässig verkannt hat, dass er an dem überbauten Grundstücksteil kein Besitzrecht hat, also nicht bösgläubig im Sinne des § 990 Abs. 1 BGB war. Schadensersatz nach § 823 BGB und Nutzungsherausgabe nach § 812

Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB (Eingriffskondiktion) sind dann aufgrund der Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB ausgeschlossen.

Hinweis: Anders wäre zu entscheiden, wenn im Sachverhalt mitgeteilt worden wäre, dass B durch den Widerspruch des E mindestens grob fahrlässig hinsichtlich seiner Nichtberechtigung geworden wäre.

Jedenfalls ab Klageerhebung haftet B auf Schadensersatz/Nutzungsherausgabe nach §§ 987, 990 Abs. 1 BGB. Mit dem Überbau zieht der B Gebrauchsvorteile (§ 100 Fall 2 BGB) aus dem überbauten Grundstücksteil.

c) Zurückbehaltungsrecht des B nach § 1000 BGB

Zu prüfen ist, ob B gegenüber dem Herausgabeanspruch des E aus § 985 BGB ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1000 BGB geltend machen kann. **598**

Voraussetzung sind ersatzfähige Verwendungen (gemäß §§ 994, 996 BGB). Nach BGHZ 41, 157, 160 bilden Verwendungen nur solche Maßnahmen, die den Bestand der Sache erhalten oder wiederherstellen. Bei einer Neubebauung auf einem Grundstück wird dieses einer anderen Zweckbestimmung unterworfen.

Folglich scheiden nach der Rechtsprechung Verwendungen aus. Ein Zurückbehaltungsrecht des B ist nicht gegeben. Er muss den überbauten Grundstücksteil herausgeben.

Nach dem weiten Verwendungsbegriff der Literatur sind hier Verwendungen gegeben. Ob sie zu ersetzen sind, richtet sich nach §§ 994, 996 BGB. Die Bebauung bildet „nützliche Verwendungen". Voraussetzung nach § 996 BGB ist ferner die Redlichkeit des B. Maßgeblich ist also, ob der Widerspruch des E den B bösgläubig gemacht hat; dazu sagt der Sachverhalt nichts.

d) Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB

Voraussetzung ist ein Gegenanspruch des B gegen E. Hier kommen §§ 951, 946 iVm § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB in Betracht, wenn B eigene Baumaterialien eingebaut hat, die wesentlicher Bestandteil des Gebäudes und damit (möglicherweise) des Grundstücks des E geworden sind (§§ 946, 94 BGB). **599**

Beachte: § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB ist beim unentschuldigten Überbau nicht anwendbar (s.o.)

Freilich bilden §§ 994 ff. BGB eine abschließende Sonderregelung. Bereicherungsrechtliche Ansprüche sind ausgeschlossen, auch über § 951 BGB. Das gilt nach BGHZ 41, 157, 162 auch dann, wenn die Bebauung (aufgrund des engen Verwendungsbegriffs) keine „Verwendung" darstellt und daher §§ 994/996 BGB tatbestandlich ausscheiden. **600**

e) Wegnahmerecht **601**

Für B verbleibt ein (wirtschaftlich wertloses) Wegnahmerecht nach § 997 BGB. Dies hat E zu dulden.

****

XVI. Fall 16 (Der Scheinerbe)

Thema: Scheinerbe, Erbschein, Erbschaftsanspruch, → Teil I, S. 56 ff.

V verstirbt. Sein Sohn S erlangt einen Erbschein und veräußert das einst dem V gehörende Auto an K für 10.000 Euro. Der Erbschein wird dabei nicht vorgelegt. K zahlt und S begleicht mit dem Geld private Schulden bei der Bank B. **602**

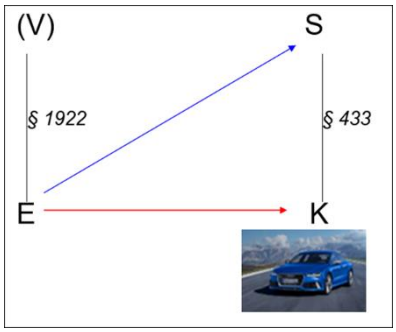
1. Der Erbe E fragt nach seinen Rechten.

2. V hatte einen Anspruch auf 5.000 Euro gegen X. X zahlt an S. Rechte des E?

3. Wie ist die Rechtslage ohne Erbschein?

Lösungshinweise

1. Frage 1 87
   a) Anspruch E gegen K 87
      (1) § 2018 BGB 87
      (2) § 985 BGB 87
      (3) § 433 Abs. 2 BGB 88
   b) Anspruch E gegen S 88
2. Frage 2 88
   a) Anspruch E gegen X 88
   b) Anspruch E gegen S 88
3. Frage 3 88



1. Frage 1

a) Anspruch E gegen K

(1) § 2018 BGB

Ein Anspruch des E gegen K nach §§ 2018 ff. BGB scheidet aus; *K* haftet *nicht* nach §§ 2030, 2018 BGB, weil er nicht den „Nachlass" gekauft (§ 2371 BGB) hat, sondern nur einen einzelnen Gegenstand aus dem Nachlass. **603**

(2) § 985 BGB

604

E ist Eigentümer des Pkws geworden, § 1922 BGB. Das Eigentum ist durch die Veräußerung des S allerdings nach §§ 929, 932 BGB an K übergegangen, wenn K redlich erworben hat. Ein Erwerb scheidet indes aus, weil die Sache nach §§ 857, 935 Abs. 1 BGB dem E abhanden gekommen ist.

> *Hinweis*: Hierin zeigt sich die Funktion des § 857 BGB: der Besitz geht auf den Erben über (E), und Verfügungen Dritter sind daher nach § 935 BGB nicht wirksam, weil die Sachen dem Erben abhanden gekommen sind.

605 K hat aber nach § 929 BGB in Verbindung mit **§ 2366 BGB** redlich erworben. § 935 BGB schließt den redlichen Erwerb bei Vorliegen eines Erbscheins nicht aus; der Erwerber wird so behandelt, als habe er vom wahren Erben erworben.

> *Beachte*: Dabei ist nicht Voraussetzung, dass der Erbschein dem Erwerber vorgelegt wird. Ein konkretes Vertrauen wird für den redlichen Erwerb nicht verlangt; der Erwerber darf nur nicht bösgläubig sein.

Ergebnis: E kann von K nicht Herausgabe des Pkws verlangen.

(3) § 433 Abs. 2 BGB

606 Zu prüfen ist ob E einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gegen K hat.

Der Kaufvertrag ist zwar zwischen S und K geschlossen worden. Nach § 2019 Abs. 1 BGB stand die Kaufpreisforderung allerdings dem Nachlass zu („dingliche Surrogation"), also E (!).

Allerdings ist K durch Zahlung an S nach §§ 2019 Abs. *2*, 407 Abs. 1 BGB frei geworden.

> *Beachte*: X ist hier nicht nach § 2367 BGB frei geworden; § 2367 BGB erfasst nur vom Erblasser eingegangene Nachlassverbindlichkeiten, nicht die vom Erbscheinsbesitzer selbst begründete Forderungen.

Der Anspruch auf Kaufpreiszahlung ist damit erloschen.

b) Anspruch E gegen S

607 (1) Nach §§ 2018, 2019 Abs. 1 BGB ist der **Herausgabeanspruch** auch auf den von K an S gezahlten **Kaufpreis** begründet.

Zu prüfen ist allerdings, ob S einwenden kann, er habe das Geld an die Bank B zur Begleichung eigener Verbindlichkeiten ausgegeben und sei daher nicht mehr bereichert.

Grundsätzlich kann sich der Erbschaftsbesitzer nach §§ 2021, 818 Abs. 3 BGB auf den Wegfall der Bereicherung berufen. Hat er aber mit dem Geld eigene Verbindlichkeiten beglichen, ist – wie → A.V.4 gesehen – kein Wegfall der Bereicherung gegeben, denn S hat eigene Aufwendungen erspart, wenn er die Schulden sonst aus dem eigenen Vermögen bezahlt hätte (vgl. nochmals BGH NJW 2003, 3271).

Daher kommt ein Wegfall der Bereicherung nicht in Betracht; E kann von S 10.000 Euro verlangen.

> *Beachte*: Hat der S das Geld zinsbringend angelegt, muss er auch die Zinsen als Nutzungen (§ 100 BGB) nach § 2020 Halbsatz 1 BGB herausgeben.

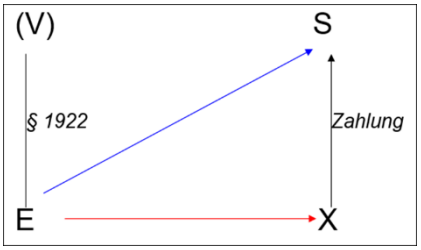
608 (2) Ferner besteht ein Anspruch auf Herausgabe der 10.000 Euro nach § 816 Abs. 2 BGB, denn K hat nach § 2019 Abs. 2 BGB befreiend an S geleistet; die Zahlung ist E gegenüber wirksam. Der Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB ist nicht ausgeschlossen, arg. § 2029 BGB.

609 (3) E hat gegen S ferner einen Anspruch auf **Herausgabe des Erbscheins** nach § 2362 Abs. 1 BGB; der Erbschein ist an das Nachlassgericht heraus zu geben.

610 (4) Auskünftsansprüche bestehen nach §§ 2027, 2362 Abs. 2 BGB.

2. Frage 2

V hatte einen Anspruch auf 5.000 Euro gegen X. X zahlt an S. Rechte des E?



a) Anspruch E gegen X

611 Der Anspruch stand zunächst V zu und ist nach § 1922 BGB auf E übergegangen. Daher hätte X an E zahlen müssen. Der Anspruch ist freilich durch Zahlung an S aufgrund des diesem erteilten Erbscheins nach **§ 2367 BGB** erloschen.

b) Anspruch E gegen S

612 S muss die erlangte Zahlung nach § 2018 BGB an den Erben E herausgeben; die Zahlung tritt an die Stelle der Forderung, § 2019 Abs. 1 BGB.

Ferner besteht ein Anspruch nach § 816 Abs. 2 BGB, der durch § 2018 BGB nicht verdrängt wird (arg. § 2029 BGB),

3. Frage 3

Wie ist die Rechtslage ohne Erbschein?

613 Ohne Erbschein wäre bei **Frage 1** die Verfügung des S an den K nicht wirksam, §§ 935, 857 BGB. Der Pkw gehört daher zunächst weiter dem E. E kann von K Herausgabe des Pkws verlangen.

E kann von S Herausgabe des Kaufpreises nach §§ 2018, 2019 Abs. 1 BGB nur Zug um Zug gegen Genehmigung der Verfügung S/K (§§ 185 Abs. 2, 184 BGB) verlangen. Im Herausgabeverlangen kann eine konkludente Genehmigung liegen.

614 Bei **Frage 2** greift § 407 BGB nicht ein, auch nicht § 2019 Abs. 2 BGB. Die Bestimmung setzt voraus, dass der Scheinerbe eine Forderung begründet („in solcher Weise"). Hier aber stammt die Forderung vom Erblasser, und war nach § 1922 BGB auf

den E übergegangen. Schutz geniesst der Drittschuldner X also nur, wenn er S einen Erbschein erhalten hätte (vgl. § 2367 BGB), was hier nicht der Fall war. E kann von X Zahlung verlangen.

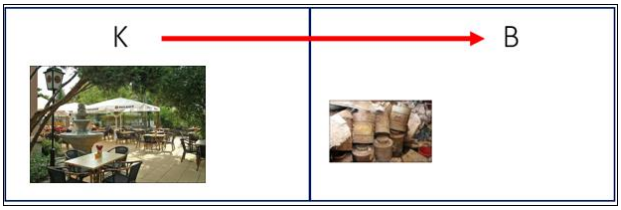
Der Anspruch des E gegen S nach §§ 2018, 2019 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass E die Zahlung des X an S nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB genehmigt.

****

XVII. Fall 17 (Ersatz der Aufwendungen für Störungsbeseitigung)

Thema: Das „Auch-fremde Geschäft“, Teil I, S. 58 ff.

K und B sind Grundstücksnachbarn. Aus dem auf dem Grundstück des B stehenden Schuppen trat eine giftige Flüssigkeit aus, die sich auf dem Grundstück des K ausbreitete; K betreibt auf seinem Grundstück eine Gaststätte mit Freisitz. Ein Verschulden des B lässt sich nicht nachweisen. Die Flüssigkeit verunreinigte Bodenschichten. K ließ das Erdreich abtragen und entsorgen. Dabei mussten die auf dem verschmutzten Erdreich liegenden Gehwegplatten entfernt werden.



K verlangt von B die Kosten für das Abgraben des verschmutzten Erdreichs von 500 Euro, die Kosten für das Wiederverlegen der Platten von 200 Euro und 1.000 Euro Ersatz für entgangenen Gewinn, weil er die Gaststätte drei Tage schließen musste.

Sachverhalt nach BGH NJW 2005, 1366; dazu JuS 2005, 871.

Lösungshinweise

1. Anspruchsgrundlage §§ 683 Satz 1 BGB 89
2. Anspruchsgrundlage §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB, 818 Abs. 2 BGB 90
3. Schadensersatzanspruch § 823 BGB 90

1. Anspruchsgrundlage §§ 683 Satz 1 BGB

Als **Anspruchsgrundlage** kommt ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 683 Satz 1 BGB in Betracht. **616**

Voraussetzung ist die Führung eines fremden Geschäfts.

1. Die Verunreinigung des Grundstücks mit der giftigen Flüssigkeit stellt eine Eigentumsbeeinträchtigung i.S. von § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Hierunter ist jeder dem Inhalt des Eigentums (§ 903 BGB) widersprechende Zustand zu verstehen (BGH NJW 2003, 3762). Gelangen ohne den Willen des Eigentümers fremde Gegenstände oder Stoffe auf sein Grundstück oder in dessen Erdreich, beeinträchtigen sie die dem Eigentümer durch § 903 BGB garantierte umfassende Sachherrschaft, zu der es auch gehört, fremde Gegenstände oder Stoffe von dem eigenen Grundstück fern zu halten. Deshalb sind diese Gegenstände oder Stoffe bis zu ihrer Entfernung allein durch ihre Anwesenheit eine Quelle fortdauernder Eigentumsstörungen. **617**

Dies gilt auch dann, wenn der Eigentümer sein Eigentum an der störenden Sache aufgegeben oder - wie hier - durch Verbindung mit dem beeinträchtigten Grundstück verloren hat (§ 946 BGB).

> Dementsprechend hat der BGH in der Verunreinigung des Erdreichs mit Milchpulverrückständen (BGHZ 110, 313 [315]), mit Chemikalien (BGH NJW 1966, 1360) oder mit Öl (BGHZ 142, 227 [237]) eine Beeinträchtigung des Grundstückseigentums gesehen.

Durch die Beseitigung des verunreinigten Erdreichs hat K für B ein Geschäft geführt, weil B dazu gegenüber K nach § 1004 BGB verpflichtet war (BGHZ 110, 313 [315] – *Milchpulver*). **618**

> Hier zeigt sich die wichtige Funktion des § 683 BGB bei **Selbstbeseitigung einer Störung**: K hat gegen B einen Anspruch nach § 1004 BGB. Diesen muss er nicht einklagen und vollstrecken. Vielmehr kann er die Störung selbst beseitigen und Aufwendungsersatz verlangen.

2. Der Umfang der ersatzfähigen Aufwendungen richtet sich danach, was der Störer B aufgrund § 1004 BGB zu beseitigen hatte. **619**

> Zum Umfang der Beseitigungspflichten aus § 1004 BGB *Brehm/Berger* Sachenrecht, Rn. 7.27 ff.

a) Kosten für das Abgraben des verschmutzten Erdreichs **620**

Zu entfernen ist zunächst nur die Flüssigkeit. Soweit sich diese aber mit dem Erdreich verbunden hat, erstreckt sich § 1004 BGB auch auf die Entfernung des Erdreichs.

Die Kosten der Entsorgung des „störenden Materials“ trägt ebenfalls der Störer (BGH NJW 2005, 1366, 1368).

> *Hinweis:* Überdies ist anerkannt, dass auch die Wiederherstellung von durch die Störungsbeseitigung entfernter Anlagen geschuldet ist, hier also das Wiederbefüllen des Erdreichs.

b) Kosten für das Wiederverlegen der Platten von 200 Euro **621**

Hier geht es nicht um Folgen der Störung, sondern um Schäden, die durch Beseitigung der primären Störung entstanden sind. Dazu BGH NJW 2005, 1366, 1368:

> „Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ... ist der Störer darüber hinaus auch zur Beseitigung solcher Eigentumsbeeinträchtigungen verpflichtet, die zwangsläufig durch die Beseitigung der primären Störung entstehen. Erfordert etwa die Beseitigung störender Baumwurzeln, die von dem Nachbargrundstück in eine Abwasserleitung

> eingedrungen sind, die Zerstörung dieser Leitung, hat der Störer eine neue Abwasserleitung zu verlegen. Muss zur Beseitigung solcher Baumwurzeln ein auf dem beeinträchtigten Grundstück befindlicher Tennisplatzbelag oder ein Plattenweg entfernt werden, ist der Störer zur Wiederherstellung dieser Anlagen verpflichtet (BGHZ 135, 235 [238]).
>
> Derartige Beeinträchtigungen infolge der Störungsbeseitigung unterscheiden sich von solchen Beeinträchtigungen, die als weitere Folge der primären Störung entstanden sind. Nur hinsichtlich dieser weiteren Störungsfolgen stellt sich die ... Frage, wie die verschuldensunabhängige negatorische Haftung ihrem Umfang nach von der verschuldensabhängigen deliktsrechtlichen Haftung abzugrenzen ist (BGHZ 97, 231 [237]). Beeinträchtigungen, die aus der Störungsbeseitigung selbst resultieren, sind dagegen nach dem Zweck des § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne weiteres von der Beseitigungspflicht umfasst. Denn das Ziel des negatorischen Beseitigungsanspruchs, den dem Inhalt des Eigentums entsprechenden Zustand wiederherzustellen, würde offensichtlich verfehlt, wenn der Eigentümer die Beseitigung einer Störung nur unter Inkaufnahme anderer, möglicherweise sogar weitergehender Beeinträchtigungen verlangen könnte."

622 Der BGH unterscheidet also:

- Schäden, die durch die *Beseitigung* der Störung entstehen (Anspruchsgrundlage § 1004 BGB / ggf. GoA)
- Schäden als weitere Folge der Beeinträchtigung (Anspruchsgrundlage nur § 823 BGB); dazu zählt auch entgangener Gewinn.

623 **Ergebnis:** B muss K die Kosten von 500 Euro für den Abtransport des Erdreichs und von 200 Euro für das Wiederverlegen der Platten ersetzen, nicht aber den entgangenen Gewinn ersetzen.

2. Anspruchsgrundlage §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB, 818 Abs. 2 BGB

624 B ist insofern bereichert, als er als Störer unter Ersparnis eigener Aufwendungen von seiner Beseitigungspflicht frei geworden ist.

Allerdings greift Bereicherungsrecht nicht ein, wenn – wie hier – K mit Fremdgeschäftsführungswillen handelte und damit die Voraussetzungen der GoA vorliegen; GoA ist dann vorrangig.

> Anders, wenn K irrtümlich annimmt, die Verschmutzung sei von ihm selbst zu verantworten.

3. Schadensersatzanspruch § 823 BGB

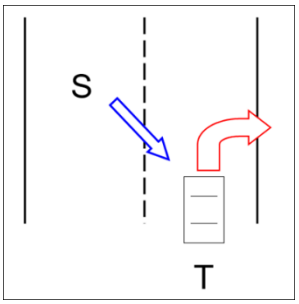
625 Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB entfällt aufgrund des fehlenden Verschuldens des B.

****

XVIII. Fall 18 (GoA – Selbstaufopferung)

Thema: Sachverhalt nach BGHZ 38, 270; Ersatzansprüche, oben Teil I, S. 58 ff., insb. S. 62.

> → zur GoA unten Teil III, S. 151ff.; lesenswert zur Selbstaufopferung im Straßenverkehr: *Staudinger / Schmidt-Bendun*, Jura 2003, 441.



626 Taxifahrer T fährt auf einer Landstraße. Ihm kommen drei Schüler auf Fahrrädern entgegen. Plötzlich biegt aus nicht mehr aufklärbaren Gründen der 9jährige Schüler S nach links auf die Fahrbahn des T. T reißt das Lenkrad nach rechts. Gleichwohl kommt es zu einer Kollision. T kommt von der Fahrbahn ab, das Auto wird leicht beschädigt, und T leicht verletzt. S ist schwer verletzt. T fährt S ins Krankenhaus.

Welche Ansprüche stehen T gegen S zu?

Lösungshinweise

1. Ersatzansprüche wegen der vergeblich vermiedenen Kollision 90
   a) Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB 90
   b) Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683, 670 BGB 91
2. Ersatzansprüche wegen der Fahrt ins Krankenhaus 91

Zu prüfen sind nur Ansprüche des T gegen S.

1. Ersatzansprüche wegen der vergeblich vermiedenen Kollision

a) Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB

627 Zu prüfen sind Ansprüche nach §§ 823 Abs. 1, 828 Abs. 3 BGB wegen der Verletzung des Körpers und des Eigentums (am Fahrzeug) des T. S hat durch das Befahren der Gegenfahrbahn eine Ursache für den Zusammenstoß gesetzt.

628 Zwar beruht die Rechtsgutsverletzung maßgeblich auf einem eigenen Willensentschluss des Verletzten T. Dieser durfte sich aber nach den Grundsätzen zur *Zurechnung herausgeforderten selbstschädigenden Verhaltens* durch das Verhalten des S zu der Ausweichbewegung **herausgefordert** fühlen; der Ausweichversuch war insoweit keine „ungewöhnliche" Reaktion (zu den Herausforderungsfällen *Jauernig/Teichmann*, BGB, § 823, Rn. 27 f.).

629 Voraussetzung der Schadensersatzhaftung des S ist aber ein Verschulden des S. Nach § 828 Abs. 2 BGB ist S grundsätzlich nicht verantwortlich.

> *Beachte*: Ein Anspruch aus § 829 BGB (Billigkeit) ist nicht ersichtlich. Der Anspruch nach § 832 BGB richtet sich gegen die Eltern des T.

b) Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683, 670 BGB

T hat dadurch, dass er das Lenkrad herumgerissen hat, ein Geschäft für S geführt, denn dies diente dazu, eine Kollision und damit eine Verletzung des S zu vermeiden. **630**

Dieses Geschäft war auch objektiv fremd, weil T im Interesse des S gehandelt hat. T hat nicht nur Pflichten nach der StVO erfüllt, denn eine Selbstverletzung verlangt die StVO nicht. Der Fremdgeschäftsführungswille wird daher vermutet. **631**

Dass der Geschäftsherr S minderjährig ist, steht der GoA nicht entgegen; für „Interesse und Wille" nach § 683 ist allerdings auf den Willen der Eltern abzustellen. **632**

Hier war zwar die Geschäftsführung nicht völlig, sondern nur teilweise (Verhinderung einer schwereren Kollision) erfolgreich. Gleichwohl ist ein Aufwendungsersatz möglich, denn § 670 BGB stellt auf das „Erforderlichhalten" des Geschäftsführers ab. **633**

„Aufwendungen" nach § 683, 670 BGB erfassen grundsätzlich nach heute hM auch Schäden. **634**

Allerdings kann T nach BGHZ 38, 270, 278 nicht den gesamten Schaden, sondern nur eine angemessene Entschädigung verlangen, die sich nach den Umständen des Einzelfalls richte. Begründung: S und T haben den Unfall nicht verschuldet. T hat durch seinen Pkw ebenfalls eine Ursache gesetzt. – Dahinter steht der Gedanke der mitwirkenden Betriebsgefahr (vgl. § 17 StVG). **635**

Diskutieren ließe sich, den Rechtsgedanken des § 828 Abs. 2 BGB auf den Aufwendungsersatzanspruch zu erstrecken. S wäre dann auch von Aufwednungsersatzansprüchen ganz freigestellt. **636**

2. Ersatzansprüche wegen der Fahrt ins Krankenhaus

Zu prüfen ist ein Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683, 670 BGB. **637**

Ein objektiv fremdes Geschäft (Transport ins Krankenhaus) liegt vor, auch die anderen Voraussetzungen des § 683 BGB.

Die Frage ist, ob der T als Taxifahrer eine übliche Vergütung verlangen kann. **Analog § 1835 Abs. 3 BGB** billigt man dem Geschäftsführer eine „übliche Vergütung" zu, wenn die Geschäftsführung zu seinem Beruf zählt. Das ist hier der Fall. Anders als der Auftrag nach § 662 BGB ist die GoA nicht immer unentgeltlich.

> *Hinweis*: Auch Schäden müsste T ersetzen, wenn sie durch die Geschäftsführung entstehen; Schulbeispiel sind die Beseitigung von Blutspuren auf den Pkw-Sitzen.

****

XIX. Fall 19 (Einbau fremder Materialien)

Thema: Eingriffskondiktion, § 951 BGB; Wiederholung gesetzlicher Eigentumserwerb, oben Teil I, S. 14 ff.

B ist Eigentümer eines bebauten Grundstücks. B schließt mit U einen Vertrag, wonach U das Gebäude renovieren soll. U bestellt bei L Ziegelsteine, die L direkt an die Baustelle unter Eigentumsvorbehalt liefern soll. Dort werden sie von U eingebaut, der alsbald insolvent wird.

1. Welche Ansprüche hat L gegen B?

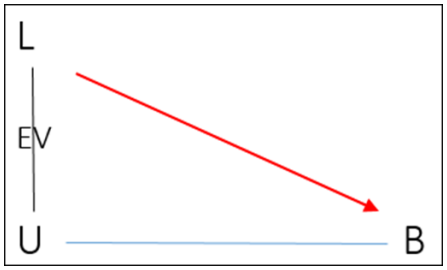
2. U hatte Fensterrahmen eingebaut, die D beim Eigentümer A gestohlen hatte und von D an den redlich U veräußert worden waren. Welche Ansprüche hat A gegen B?

Lösungshinweise

1. Ansprüche L gegen B 91
   a) § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB (Leistungskondiktion) 91
   b) §§ 951 Abs. 1 Satz 1, 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB (Eingriffskondiktion) 92
   c) Ergänzungsfrage: Ansprüche des U gegen B? 92
2. Fallvariante 92

1. Ansprüche L gegen B

a) § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB (Leistungskondiktion)



In Betracht kommt ein Anspruch auf Rückübereignung der an die Baustelle gelieferten Ziegelsteine. **638**

Voraussetzung ist, dass B durch Leistung des L Eigentum (oder wenigstens ein Anwartschaftsrecht) an den Steinen erlangt hat.

(1) Leistung ist bewusste zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens. Maßgeblich ist die Leistungszweckbestimmung des L. – L hat zwar direkt an B geliefert, aber *nicht* an B geleistet. Zweck seiner Leistung war vielmehr die Erfüllung des Kaufvertrags mit U. Zu B besteht kein Leistungsverhältnis.

(2) Auch hat B kein Eigentum/Anwartschaftsrecht erlangt. Unter der Voraussetzung, dass B Besitz an den Steinen erlangt hat, liegt ein *Erwerb des U* nach den Grundsätzen des *Geheißerwerbs* vor (→ Fall 1).

Ergebnis: Ein Anspruch L gegen B aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB entfällt. **639**

b) §§ 951 Abs. 1 Satz 1, 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB (Eingriffskondiktion)

640 In Betracht kommt indes ein Anspruch aus § 951 BGB. L hat durch den Einbau der Steine einen Rechtsverlust erlitten, wenn sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden sind (§ 946 BGB) und L zur Zeit des Einbaus noch gehörten.

Einschlägig ist hier § 94 Abs. 2 iVm Abs. 1 BGB, wonach die Steine wesentliche Bestandteile des Gebäudes und damit des Grundstücks sind.

Die Steine gehörten L infolge des Eigentumsvorbehalts zur Zeit des Einbaus noch. Die Rechtsänderung erfolgte zugunsten des Eigentümers des Grundstücks B.

641 Der Tatbestand des § 951 BGB ist damit erfüllt. § 951 BGB ist eine Rechts*grund*verweisung (besser ist der Begriff „Tatbestandsverweisung"). Zu prüfen ist daher, ob die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 BGB vorliegen.

In Betracht kommt eine Nichtleistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB. B hat „auf Kosten" des L nach § 946 BGB „etwas", nämlich das Eigentum an den Steinen, erlangt.

Die Eingriffskondiktion des L ist aber nur gegeben, wenn sich der Erwerb des B „in sonstiger Weise", also *nicht* durch *Leistung* vollzog.

642 Zu bedenken ist dabei, dass B auch dem U (jetzt dem Insolvenzverwalter, § 80 InsO) zur Zahlung aus dem Werkvertrag verpflichtet ist. B sollte aber grundsätzlich nicht doppelt zahlen müssen. Wegen des Vorrangs der Leistungsverhältnisse ist hier eine Kondiktion L/B ausgeschlossen: B hat Eigentum an den Steinen aufgrund eines Leistungsverhältnisses zu U („Leistung durch Einbau") erlangt.

Zur absicherung des ergebnisses bietet sich eine **„Parallelwertung"** („Als-Ob-Betrachtung") zu §§ 932, 935 BGB an; man kann fragen, wie die Rechtslage wäre, wenn U nicht sogleich eingebaut hätte, sondern die Steine rechtsgeschäftlich an B übereignet worden wäre. Hätte der U an B die Steine übereignet nach § 929 BGB, wäre B Eigentümer geworden, wenn er nach § 932 BGB redlich gewesen ist – das ist der fall – und die Steine – wie im Ausgangsfall – nicht abhanden gekommen sind. Dann hätte sich L nicht an den B halten können (sondern nach § 816 Abs. 1 BGB nur an den U).

Dieses Ergebnis ändert sich nun nicht, wenn B das Eigentum nach § 946 BGB erwirbt: Es sollte keinen Unterschied machen, ob U zunächst an B übereignet und dann (die von B redlich erworbenen Ziegelsteine) einbaut oder auf die vorherige Übereignung an B verzichtet.

643 Ergebnis: Das Leistungsverhältnis U/B ist vorrangig und sperrt die Nichtleistungskondiktion des L. L hat gegen B keinen Anspruch aus §§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB.

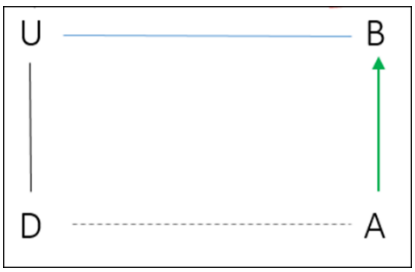
> *Beachte*: L muss sich vielmehr an seinen Vertragspartner U halten. Da dieser insolvent ist, hat L nur Aussicht auf eine Insolvenzquote. Der Eigentumsvorbehalt hat L also nichts geholfen.
>
> Wie hätte L seine Position verbessern können? L hätte sich im Wege der Vorauszession die Forderung des U aus dem Werkvertrag mit B zur Sicherheit abtreten lassen können („verlängerter Eigentumsvorbehalt"). Dann stünde L in der Insolvenz des U ein Absonderungsrecht (§ 49 InsO) an der Werklohnforderung zu.

c) Ergänzungsfrage: Ansprüche U gegen B?

Als Anspruchsgrundlage kommt § 951 BGB in Betracht. U hat sein *Anwartschaftsrecht* verloren durch den Einbau. Dies erfolgt aber *mit Rechtsgrund*, da zwischen U und B ein Werkvertrag besteht. Hier zeigt sich, weshalb § 951 BGB Rechtsgrundverweisung ist (die Frage des rechtlichen Grundes also zu prüfen ist).

Der Insolvenzverwalter des U kann von B den Werklohn verlangen (§ 631 Abs. 1 Fall 2 BGB iVm § 80 InsO).

2. Fallvariante



644 Zu prüfen ist ein Anspruch aus § 951 Abs. 1 BGB. Wiederum hat B durch Einbau auf Kosten (jetzt) des A nach §§ 946, 94 BGB Eigentum erlangt. Wiederum liegt ein Leistungsverhältnis U/B vor.

Kann A gleichwohl bei B kondizieren? Legt man die **Parallelwertung** (s.o. zum Ausgangsfall) zu §§ 932, 935 BGB zugrunde, muss man erkennen, dass U die Festerrahmen wegen § 935 BGB rechtsgeschäftlich nicht wirksam an den redlichen B hätte übereignen konnte.

645 Hätte U die Rahmen nicht gleich eingebaut, sondern zuvor an B (wegen § 935 BGB unwirksam) übereignet, wäre B dem Herausgabeanspruch des A nach § 985 BGB ausgesetzt gewesen. Gegenüber dem Vindikationsanspruch greift kein Vorrang der Leistungsverhältnisse. Es sollte aber keinen Unterschied ergeben, ob U zunächst übereignet oder gleich einbaut (*Medicus/Petersen*, BR, Rn. 730). Daher sperrt in dieser Konstellation (bei abhanden gekommene Sachen) die Leistungsbeziehung U/B nicht die Eingriffskondiktion A-B.

Daher kann A den Wert der Fensterrahmen bei B kondizieren, §§ 951, 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB.

****

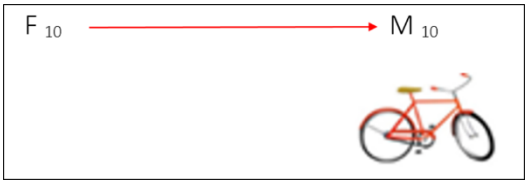
XX. Fall 20 (Geschäftsführung ohne Auftrag durch Minderjährige)

Thema: Dereliktion, Minderjähriger als Geschäftsherr, oben Teil I, S. 58 ff.

> s. unten zur GoA Teil III, S. 151ff.

646

Der 10jährige M findet das Fahrrad seines ebenfalls 10jährigen Freundes F im Wald. F hatte es dort heimlich abgelegt, um bei seinen Eltern der Forderung nach einem größeren Fahrrad Nachdruck verleihen zu können. M nimmt das Fahrrad an sich, um es F später wiederzugeben, lässt es aber unverschlossen an einer Hausecke stehen, wo es gestohlen wird.



Welche Ansprüche stehen F zu?

Lösungshinweise

1. Anspruch F gegen M auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 BGB 93
2. Schadensersatz nach § 280 BGB 93
3. Schadensersatz nach §§ 682, 823 Abs. 1 BGB 93
4. Herausgabe nach §§ 682, 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 94
5. Schadensersatz nach §§682, 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989, 990 BGB 94

1. Anspruch F gegen M auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 BGB

Voraussetzung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen des Verlusts des Fahrrads ist eine Vindikationslage zwischen F und M. **647**

a) F ist Eigentümer des Fahrrads. Dadurch, dass er das Fahrrad im Wald abgelegt hat, hat er das Eigentum nicht nach § 959 BGB durch Dereliktion verloren. Der Verzichtswille ist eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung; da die Aufgabe des Besitzers ohne die Einwilligung der Eltern erfolgte, ist sie nach § 111 Satz 1 BGB unwirksam.

Beachte: Eine Genehmigung scheidet aus! § 108 BGB gilt nur bei Verträgen.

b) M müsste Besitzer gewesen sein. M hatte das Fahrrad an sich genommen und damit nach § 854 BGB aufgrund seines Besitzwillens Besitz begründet. Der Besitzwille ist ein „natürlicher" Wille, so dass es nicht auf Geschäftsfähigkeit ankommt.

c) Eine Vindikationslage liegt allerdings nur vor, wenn dem M kein Recht zum Besitz nach § 986 BGB zustand.

aa) Man könnte einen – der GoA als Rechtsverhältnis vorgehenden – „Fund" erwägen, der nach §§ 965 ff. BGB ein Recht zum Besitz (Verwahrungspflicht, § 966 Abs. 1 BGB) gibt. Aber das Fahrrad ist vorliegend wohl nicht besitzlos und damit nicht verloren. „Versteckte" Sachen, deren Wiedererlangung jederzeit möglich ist, weil der Besitzer ihre Lage nicht vergessen hat, sind nicht besitzlos. Gleichwohl ist es vertretbar, hier Fund anzunehmen mit der Begründung, nach sozialer Anschauung ist das Fahrrad im Wald besitzlos; es kommt auf die Umstände an, die im Sachverhalt nicht näher mitgeteilt sind. **648**

bb) Die berechtigte GoA nach §§ 677, 683 BGB führt zu einem Recht zum Besitz. Die Voraussetzungen sind gegeben: **649**

- M hat durch die Ansichnahme des Fahrrads ein Geschäft des F geführt, da das Fahrrad dem F gehörte.
- Ferner liegt eine besondere Rechtsbeziehung zwischen M und F („ohne Auftrag") nicht vor.
- Die Geschäftsführung war für den M „objektiv" fremd, denn es handelt sich um das Fahrrad des F.
- Bei objektiv fremden Geschäften wird der Fremdgeschäftsführungswille vermutet.
- Wille des F? Der entgegenstehende Wille des F (der das Fahrrad natürlich im Wald verrosten sehen möchte) ist unbeachtlich; bei einem nicht voll Geschäftsfähigen ist auf den Willen der Eltern als gesetzliche Vertreter abzustellen. Die Eltern waren mit dem Abstellen des Fahrrads im Wald nicht (auch nicht mutmaßlich) einverstanden.

  Vertretbar wäre auch, unter Hinweis auf öffentlichrechtlich Abfallbeseitigungsvorschriften (der Wald ist keine Müllkippe!) die Unbeachtlichkeit des Willens des F mit § 679 Fall 1 BGB zu begründen.

Folglich lag eine berechtigte GoA vor. Damit war der F zum Besitz berechtigt und eine Vindikationslage scheidet nach § 986 BGB aus, mithin auch Ansprüche aus §§ 989, 990 BGB. **650**

2. Schadensersatz nach § 280 BGB

Voraussetzung ist eine Pflichtverletzung. F hatte gegen M einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrrads nach §§ 681 Satz 2, 667 BGB. Der Besitz am Fahrrad wurde durch die Geschäftsführung erlangt. M war zur Herausgabe verpflichtet. **651**

Die Herausgabe des Fahrrads ist aber unmöglich geworden. M wurde damit nach § 275 Abs. 1 BGB frei.

Nach §§ 275 Abs. 4, 280, 283 BGB schuldete M grundsätzlich Schadensersatz statt der Leistung. Der Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB ist freilich ausgeschlossen, da M als nicht voll Geschäftsfähiger nur gemäß § 682 BGB haftet, also nur deliktisch.

Beachte: Der minderjährige Geschäftsführer haftet also nicht wie aus einem Schuldverhältnis, das er vertraglich ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters auch nicht begründen könnte, wenn er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§§ 106 ff. BGB).

3. Schadensersatz nach §§ 682, 823 Abs. 1 BGB

§ 682 BGB verweist auf die Schadensersatzhaftung wegen unerlaubter Handlung und damit auf § 823 Abs. 1 BGB. **652**

M hat das Eigentum des F an dem Fahrrad fahrlässig verletzt, indem er es ungesichert abstellte. Der Sorgfaltsmaßstab ergibt sich aus § 677 BGB.

Freilich tritt eine Haftung nur nach Maßgabe des § 828 Abs. 3 BGB ein. Die Einsichtsfähigkeit dürfte man wohl bejahen können (a. A. vertretbar, dann aber § 829 BGB als gesonderte Anspruchsgrundlage prüfen!). Folglich haftet M auf Schadensersatz.

4. Herausgabe nach §§ 682, 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB

653 M hat den Besitz am Fahrrad erlangt; seine Bereicherung ist indes nach § 818 Abs. 3 BGB entfallen. Zwar war M bösgläubig, denn er wusste, dass er das Fahrrad herausgeben musste; bei einem Minderjährigen ist aber auf die Kenntnis der gesetzlichen Vertreter abzustellen. Die Eltern waren nicht bösgläubig. Folglich kann sich M auf den Wegfall der Bereicherung berufen.

5. Schadensersatz nach §§ 682, 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989, 990 BGB

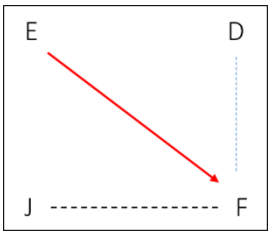
654 Der M schuldet keinen Schadensersatz nach §§ 989, 990 BGB; zwar war er bösgläubig, denn er wusste, dass er das Fahrrad herausgeben musste; bei einem Minderjährigen ist aber auf die Kenntnis der gesetzlichen Vertreter abzustellen.

****

XXI. Fall 21 (Fund)

Thema: Eigentumserwerb und Sekundäransprüche, oben Teil I, S. 65 ff.

655 Dieb D entwendet dem E bei einem Einbruch einen wertvollen Ring. Auf der Flucht verliert D ihn. Der Ring wird von F gefunden. Obgleich F von dem Einbruch in der Zeitung gelesen hatte, gibt er ihn in fahrlässiger Unkenntnis der Tatsache, dass D der Dieb ist, an D zurück. E fragt nach Ansprüchen gegen F.



Variante: F findet den Ring und zeigt den Fund sogleich beim Fundamt an, veräußert ihn aber nach vier Monaten an den Juwelier J. Neun Monate später verlangt D den Ring von F heraus. F zahlt den Verkaufserlös an D. E fragt nach seinem Recht gegen F.

Lösungshinweise

1. Ausgangsfall 94
   Ansprüche E gegen F 94
   a) Schadensersatzanspruch nach §§ 990, 989 BGB 94
   b) Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB 94
2. Variante 94
   a) Anspruch auf Herausgabe des Veräußerungserlöses 94
   b) Anspruch auf Übereignung des Rings / Wertersatz 95

1. Ausgangsfall

Ansprüche E gegen F

Hinweis: Aus dem Fundrecht selbst ergibt sich keine Anspruchsgrundlage gegen den Finder auf Herausgabe der Fundsache. Man kann aber neben § 985 BGB auch § 695 Abs. 1 BGB (vgl. § 966 Abs. 1 BGB) heran ziehen.

a) Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 275 Abs. 4, 283, 966, 695 Abs. 1 BGB

656 In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch des E gegen F nach §§ 280, 275 Abs. 4, 283, 966, 695 Abs. 1 BGB. Der Finder ist nach § 966 BGB zur Verwahrung verpflichtet. In der Herausgabe an D liegt eine Pflichtverletzung.

Freilich wurde F nach § 969 BGB auch E gegenüber frei; die Herausgabe an D war daher nicht rechtswidrig. Das gilt auch dann, wenn F fahrlässig die Eigentumslage verkennt.

> *Hinweis*: § 969 BGB beruht auf demselben Rechtsgedanken wie § 851 BGB (Schadensersatz an Besitzer befreit Eigentümer gegenüber).

b) Schadensersatzanspruch nach §§ 989, 990 BGB

657 Eine Eigentumsverletzung könnte darin liegen, dass F den Ring an D herausgegeben hat und ihn damit nicht mehr dem Eigentümer E herausgeben kann.

Ein Schadensersatzanspruch nach §§ 989, 990 BGB entfällt indes ebenfalls. Es fehlt bereits an der Vindikationslage. Das besondere Rechtsverhältnis Fund verpflichtet den Finder nach § 966 BGB zur Verwahrung. F ist daher zum Besitz berechtigt.

> *Hinweis*: Erst wenn der Eigentümer die Sache heraus verlangt (§ 695 BGB), entsteht ein Vindikationsanspruch.

2. Variante

a) Anspruch auf Herausgabe des Veräußerungserlöses

658 E könnte gegen F einen Anspruch auf Herausgabe des Erlöses aus der Veräußerung F/J nach § 816 Abs. 1 BGB haben. Voraussetzung ist, dass F über einen fremden Gegenstand eine wirksame Verfügung getroffen hat.

Die Übereignung F/J ist zunächst unwirksam; selbst wenn J redlich war, konnte er nicht nach §§ 929, 932 BGB erwerben, da der Ring (mit dem Diebstahl durch D) abhanden gekommen war, § 935 Abs. 1 BGB.

659 Allerdings wurde die Verfügung F/J nach § 185 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB wirksam, nachdem F gemäß § 973 BGB nach Ablauf von sechs Monate nach der Fundanzeige Eigentum am Ring erworben hatte.

Hinweis: Auch durch Genehmigung des E (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB), die im Herausgabeverlangen liegen kann, würde die Verfügung wirksam.

Damit hatte E einen Herausgabeanspruch nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB, gerichtet auf dem Veräußerungserlös, den J an F gezahlt hat.

Allerdings dürfte F analog § 969 BGB frei geworden sein auch hinsichtlich des Veräußerungserlöses. Wer dem nicht folgt, sollte einen Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB bejahen.

b) Anspruch auf Übereignung des Rings / Wertersatz

Der Anspruch nach § 977 Satz 1 BGB, gerichtet auf Übereignung des Rings, geht ins Leere, da der F nicht (mehr) Eigentümer ist. Nach § 818 Abs. 2 BGB haftet er auf Wertersatz, ist aber auch insoweit nach § 818 Abs. 3 BGB frei geworden. **660**

Teil III (Anhang Fälle und Übersichten)

A. Ungerechtfertigte Bereicherung

I. Nichtleistungskondiktion 97
1. Grundfragen 97
Prüfungsübersicht Nichtleistungskondiktion: 97
2. Fall: Freche Abstauber 97
Thema: Eingriffskondiktion, § 812 Abs. 1, S. 1, 2. Alt. BGB 97
a) Lösungshinweise 97
Anspruchsgrundlage: § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alternative (Nichtleistungskondiktion, Eingriffskondiktion). 97
b) Anmerkungen 98
3. Fall: Einbau - Neuer Stall (zur Nacharbeit) 99
4. Fall: Ferkeldiebstahl 99
Thema: BGH-Klassiker „Jungbullenfall“ 99
Lösungsskizze 99
a) Anspruchsgrundlage. §§ 951 Abs. 1 i.V.m. 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB, (nach h.M. Rechtsgrundverweisung) 99
(1) Rechtsverlust nach §§ 946 – 950 BGB: hier § 950 BGB 99
(2) Rechtsgrundverweisung des § 951 BGB auf § 812 ff. BGB: hier § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB 99
b) Ausschluss des Anspruchs wegen § 993 Abs. 1 HS 2 BGB (EBV). 100
c) Beschränkung des Umfangs des Anspruchs nach § 818 Abs. 3 BGB durch Verrechnung mit den Aufwendungen, die F gegenüber D hatte (Kaufpreis)? 100

II. Leistungskondiktion (insbesondere in Dreiecksverhältnissen) 100
1. Zahlung auf Nichtschuld aufgrund Anweisung 100
a) Prüfungsübersicht: Leistungskondiktion 100
b) Fall: Schwierige Rückforderung 101
(1) Lösungsskizze Grundfall 101
(2) Lösungsskizze Variante („Doppelmangel“): 102
c) Fall: Pechvogel 103
(1) Lösungshinweise 103
d) Fall: Fehlende Schlusslieferung 104
Lösungshinweise 104
2. Übersicht: Begründung einer neuen Verbindlichkeit erfüllungshalber, an Erfüllungs Statt 106
a) Fall: Der Titelkauf (Mensch Meyer wertete sich auf) 106
b) Lösungshinweise 107
Anspruchsgrundlage § 781 BGB 107
(1) Anspruch entstanden: 107
(2) Anspruch nicht untergegangen 107
(3) Beachtliche Einreden des W gegen das Anerkenntnis 107
3. Zahlung auf vermeintliche fremde Schuld 108
Fall: Meine Schulden - Deine Schulden !?: Falscher Verdacht 108
a) Lösungshinweise Ausgangsfall 108
(1) Anspruch D gegen G auf Rückzahlung: 108
(2) Anspruch gegen S 108
b) Lösungshinweise Variante 1 108
(1) Frage 1 108
(2) Frage 2: 109
c) Lösungshinweise Variante 2 109
4. Bereicherungsausgleich nach Abtretung 109
a) Fall: Das teure Feuer 109
b) Lösungshinweise 110
(1) F gegen die B-Bank aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB (condictio indebiti) 110
(2) F gegen V auf Rückzahlung der Summe 110
5. Bereicherungsausgleich bei fehlerhafter Überweisung 111
a) Fall: Vetternwirtschaft 111
b) Lösungshinweise 111
(1) K gegen die Bank B 111
(2) K gegen A 111
(3) Bank gegen A 112
6. Tipps zur Klausurtechnik bei bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung im Mehrpersonenverhältnis 113
a) Bestehen zwischen den Personen Leistungsbeziehungen? Welche? 113
b) In welcher Leistungsbeziehung fehlt der rechtliche Grund? 113
c) Gegenprobe anhand von Wertungskriterien (Bereicherungsrecht ist Billigkeitsrecht) 113
7. Condictio ob rem, § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB, causa data causa non secuta 114
a) Fall: Ärger auf dem Amt 114
Lösungshinweise: 114
b) Fall: Geschenk an das glückliche Ehepaar 114
Lösungshinweise 115
(1) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt BGB 115
(2) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt BGB 115

III. Nichtleistungskondiktionen 116
1. Prüfungsübersicht: Speziellere Eingriffskondiktion: 116
2. § 816 BGB 116
Fall: Krumme Geschäfte 116
Lösungshinweise: 116
a) Anspruch auf den Kaufpreis für Laptop 116
(1) Anspruchsgrundlage § 816 Abs. 1 S. 1 BGB. 116
(2) Ergebnis 116
b) Kaufpreis für die Chips 116

(1) Anspruchsgrundlage § 816 Abs. 1 S. 1 BGB? 116
(2) Anspruchsgrundlage: § 985, i.V.m. §§ 280, 283 bzw. 285 BGB 117
(3) Nochmals: Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, jetzt aufgrund Genehmigung 117
IV. Rechtsfolgen (Umfang des Bereicherungsanspruchs, Wegfall der Bereicherung, Haftung nach allgemeinen Vorschriften) 119
Fall: Sonnenstudio 119
Lösungsskizze: 119
1. Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Fall, § 1902 BGB 119
2. Einrede gem. § 273 Abs. 1 BGB wegen Gegenansprüche auf Herausgabe des Inventars 120
V. Skizzen 121
1. Übersicht zum Bereicherungsrecht 121
2. Zum Verhältnis: Leistungskondition / Nichtleistungskondiktionen 122
3. Prüfungsschema für bereicherungsrechtliche Ansprüche 123
a) Leistungskondiktion: 123
b) Nichtleistungskondiktionen: 123
c) Spezielle Eingriffskondiktionen: § 816 BGB 123
d) Rechtsfolgen: 123

I. Nichtleistungskondiktion

1. Grundfragen

Prüfungsübersicht Nichtleistungskondiktion:

§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB **661**

1. **Etwas** erlangt (auf Seiten des Anspruchsgegners)

2. In **sonstiger Weise**

- **Eingriffskondiktion**: Eingriff (des Anspruchsgegners) in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts (bei § 951 Abs. 1 S. 1 BGB: Tatbestand der §§ 946 ff. BGB erfüllt)
- Neben diesem Hauptfall gibt es noch weitere Varianten
- **Rückgriffskondiktion**: Zahlung einer bestehenden fremden Schuld (durch den Anspruchsteller), Rückgriff nicht anders geregelt
- **Verwendungskondiktion**: Vornahme einer Verwendung auf fremde Sachen (durch den Anspruchsteller)
- Andere Nichtleistungskondiktion: weder Leistungskondiktion noch Nichtleistungskondiktion i.S.v. oben a-c einschlägig

3. **Auf Kosten** des Anspruchstellers

4. **Ohne** rechtlichen **Grund**

****

2. Fall: Freche Abstauber

Thema: Eingriffskondiktion, § 812 Abs. 1, S. 1, 2. Alt. BGB

Anton Flott betreibt ein aufstrebendes und mittlerweile sehr erfolgreiches Werbeunternehmen. Er verdankt seinen Erfolg seinem Gespür für den Zeitgeist und originellen Ideen. U.a. lässt er hochrangige Politiker in der Mantel- und Zigarrenwerbung auftreten. Die richtige Nase hat er aber vor allen Dingen damit gehabt, dass er in Erwartung zunehmender Rennsportbegeisterung auf das Sponsoring von Rennwagen gesetzt hat. In jedem größeren Rennen tauchen seine Wagen auf, die mit viel Werbung, aber vor allem mit seinem deutlich sichtbaren Schriftzug „Anton Flott“ versehen sind. Eines Morgens gerät Anton Flott beim Frühstück außer sich vor Wut. Er entdeckt, dass in einem verbreiteten Wochenmagazin ein großes Werbefoto mit einem Bild seines besten Rennwagens abgedruckt ist. Grund seiner Aufregung: Das Bild ist manipuliert. Die Werbung für Brioni-Mäntel ist wegretuschiert und gut sichtbar durch ein Banner mit dem Schriftzug "Carrera" ersetzt, wie ihn ein bekannter Spielzeughersteller verwendet. Ihn empört besonders, dass dieser Wagen deutlich seinen eigenen Namenszug trägt, der auf diese Weise mit Spielzeug in Verbindung gebracht wird. Er geht durchaus zutreffend davon aus, dass eine solche Verwendung seines bekannten Rennwagens zu Werbezwecken nur gegen ein Entgelt von 50.000 Euro möglich und üblich gewesen wäre. **662**

Er ruft sofort seinen Anwalt an und beauftragt ihn, 50.000 Euro von der Carrera AG zu verlangen. Mit Erfolg?

Zur Eingriffskondiktion des § 812 I 1 2. Alt. BGB siehe Teil I, S. 14 ff.

a) Lösungshinweise

Anspruchsgrundlage: § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alternative (Nichtleistungskondiktion, Eingriffskondiktion).

Nach BGHZ 81, 75 ff. (Nachlesen!): Es kommt eine **Nicht-Leistungskondiktion** in Betracht, und zwar ihr wichtigster Fall, nämlich die **Eingriffskondiktion**. **663**

Scharf zu trennen von der Leistungskondiktion ("moderne" **Trennungslehre** im Gegensatz zur früheren **Einheitslehre**, vgl. *Medicus/Petersen*, BR Rn. 663 ff.; vgl. zur mittlerweile fast rechtshistorischen Begründung der Trennungslehre den klassischen Text von *v. Caemmerer*, Festschrift für Rabel, 1954, 333 ff.; eindrucksvoll zum hieraus entstandenen Gedankengebäude *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung - Hineinsehen schadet nicht - trotz des beeindruckenden Umfangs!).

664 Es geht zwar auch um „Abschöpfung" von Vorteilen, die zum „falschen Rechtssubjekt" geraten sind; im Übrigen ist die Zielrichtung aber ganz anders als bei der Leistungskondiktion:

Es geht um die **Verletzung des Zuweisungsgehalts eines fremden** Rechts. Beachte die Parallele zum **Schadensersatz**: Bei schuldhaften Vertragsverletzungen oder der Verletzung von Rechtsgütern i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB oder bei der Verletzung von Schutzgesetzen (Abs. 2) ist der hierdurch entstandene Schaden zu ersetzen. Das Bereicherungsrecht befasst sich nicht mit dem **Schaden**, sondern mit dem **Vorteil** des "Eingreifenden", dem möglicherweise überhaupt kein Schaden gegenübersteht. Ist hier in den **Zuweisungsgehalt fremden Rechts** eingegriffen (schwierige Frage, insbesondere außerhalb der absoluten Rechte)?

665 BGH: Es bleibt offen, ob es ausreicht, dass ein fremdes Fahrzeug bildlich wiedergegeben ist, das sonst als Werbeträger genutzt wird (beachte aktuelle Bedeutung: bundesweite Aufnahme aller Häuserfronten und beabsichtigte kommerzielle Verwertung dieser Aufnahmen). Gesichert: Bei Abbildung der Person kommt das **Recht am eigenen Bild** zum Tragen (gesetzlich geschütztes Recht am eigenen Bild, s. Auszug aus der Entscheidung unten). Liegt hier aber nicht vor (nicht Person, sondern nur das Auto).

666 Aber: Auch der hier **ungefragt verwendete Name** ist gesetzlich geschützt (§ 12 BGB). Deshalb ist jedenfalls die Grenze dadurch überschritten, dass das Fahrzeug mit dem **Namen** des Firmeninhabers Anton Flott gekennzeichnet ist und auch so in der fremden Werbung verwendet wird (**Namensrecht** nach § 12 BGB; vgl. auch BGHZ 30, 7, 9 - Katharina Valente; zum **Namensrecht bzw. postmortalem Persönlichkeitsrecht:** BGH NJW 2007, 684 – Klaus Kinski). Es liegt jeweils in der Entscheidung der betreffenden Person, ob sie ihren Namen zu Werbezwecken einsetzen möchte. Dies gilt **unabhängig** davon, ob der Name durch diese Verwendung herabgesetzt wird oder nicht.

Auszug aus dem Urteil BGHZ 81, 75 ff. = NJW 1981, 2402: Im Bereich des Bildnisschutzes nach §§ 22 und 23 KUG ist es feststehende Rechtsprechung, dass es der freien Entschliessung des Einzelnen vorbehalten bleiben müsse, ob er sein Bild als Anreiz für einen Warenverkauf zur Verfügung stellen wolle (RGZ 74, 308, 312, 313 - Graf Zeppelin; BGHZ 20, 345, 350 = GRUR 1956, 427, 428 - Paul Dahlke; BGH GRUR 1979 425, 427 - Fußballspieler). Für den Schutz vor einem unbefugten, durch anerkennenswerte Interessen nicht gerechtfertigten Namensgebrauch in der Werbung kann nichts anderes gelten. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährt dem Berechtigten einen generellen Schutz vor den die Person als solche berührenden Eingriffen Dritter. Ihm allein ist es deshalb vorbehalten, darüber zu befinden, ob und unter welchen Voraussetzungen **sein Name** in der Öffentlichkeit in Erscheinung tritt (vgl. BGHZ 32, 103, 111). Damit würde es nicht in Einklang stehen, wenn der Berechtigte es dulden müsste, dass sein Name, den er im Geschäftsverkehr selber werbend benutzt, **ungefragt** oder sogar **gegen seinen Willen** für fremde Werbung Verwendung findet. Im Wesen des Namensrechts als eines Persönlichkeitsrechts liegt es, ihn selber entscheiden zu lassen, ob und unter welchen Voraussetzungen sein Name für Werbezwecke anderer zur Verfügung steht....

Für den Eingriff in die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse der Klägerin hat ihr die Beklagte nach § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB einen **Bereicherungsausgleich** zu gewähren, für den es auf ein Verschulden der Beklagten oder einen Schaden der Klägerin nicht ankommt. Herauszugeben ist insoweit der Vermögensvorteil, den die Beklagte durch die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin auf deren Kosten erlangt hat. Das ist in solchen Fällen die **Vergütung**, die die Klägerin für die Erteilung der Erlaubnis zur Verwertung des Namens ihres persönlich haftenden Gesellschafters von der Beklagten angemessenerweise hätte verlangen können. Diese Vergütung hat die Beklagte durch ihr unerlaubtes Vorgehen auf Kosten der Klägerin erspart. Sie darf aber nicht besser stehen, als sie bei Einholung der Erlaubnis der Klägerin gestanden hätte (BGHZ 20, 345, 355 = GRUR 1956, 427, 430 - Paul Dahlke; BGH GRUR 1979, 732, 734 - Fußballtor).

Vgl. zur Paul-Dahlke-Entscheidung Teil I Eingriffskondiktion S. 14.

667 Ergebnis: Es besteht ein Anspruch auf Zahlung von Euro 50.000

b) Anmerkungen

668 **Beachte**: Es lässt sich leicht formulieren, dass die Eingriffskondiktion einen Anspruch auf das durch den Eingriff Erlangte gewährt, wenn es nach der Rechtsordnung einem anderen **gebührt**. Diese Feststellung ist allerdings im Einzelfall schwierig und hoch umstritten.

669 Entscheidend ist, ob - wie vom BGH im vorliegenden Fall dargelegt - die Rechtsordnung ausschließlich einer **bestimmten Person** die wirtschaftliche Verwertung eines Rechtsguts zuweist.

Dies ist z.B. für die unerlaubte Untervermietung zu Ungunsten des Vermieters **verneint** worden (vgl. dazu instruktiv und seit Jahrzehnten beliebt: BGH NJW 1964, 1853 sowie BGHZ 131, 297 ff. = WM 1996, 489 = NJW 1996, 838; BGH NJW 2007, 216; im einzelnen *Theufel*, JuS 1997, 886 ff.

Dauerprobleme in diesem Zusammenhang bildet immer das APR, s. bspw. BGH NJW 2012, 1728. Relativ aktuell, und auch im Hinblick auf das Deliktsrecht lesenswert: Probleme bei Fremdverwendung des Domainnamens, s. BGH **NJW 2012, 2034**.

Akademisch ähnlich interessant, sind auch die Fälle der Rechtsberühmung (Berühmung = Behauptung, Inhaber eines bestimmten Rechts zu sein). S. für das Eigentum dazu *Ulrici*, JURA 2006, 689.

670 Wichtiger Ratschlag: Bevor in einer Klausur ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB umfänglich geprüft und bejaht wird, sollte man genau überlegen, ob man auf dem richtigen Weg ist. Eine große Wahrscheinlichkeit spricht dagegen. Es ist ein typischer Fehler, **überall** Eingriffskondiktionen zu vermuten. Die Bedeutung der Eingriffskondiktion ist im Verhältnis zur Leistungskondiktion ganz erheblich eingeschränkt (dazu sogleich). Meistens geht die Diskussion der Eingriffskondiktion darauf zurück, dass diese Einschränkungen unberücksichtigt bleiben oder **Sondertatbestände** übersehen werden (z.B. § 816 BGB).

671

Wichtige Variante: Wenn eine **Zuwendung** als Merkmal der Leistung vorliegt, aber eine Leistung an einer Zweckabrede scheitert, steht eine Eingriffskondiktion zur Debatte. Siehe dazu unten bei den Dreiecksverhältnissen, insbesondere mangelhafte Überweisung (gefälschter Überweisungsauftrag).

Weitere Fälle der Nichtleistungskondiktion neben der allgemeinen Eingriffskondiktion: **672**

- **Verwendungskondiktion** (*Medicus/Petersen* BR Rn. 895 ff.)

und

- **Rückgriffskondiktion** (*Medicus/Petersen* BR Rn. 948 ff.).

Dazu noch unten S. 108.

****

3. Fall: Einbau - Neuer Stall (zur Nacharbeit)

Aus Sicherheitsgründen will Bauer B seine Stallanlagen verbessern. Dazu beauftragt er den Bauunternehmer U, eine neue Mauer an das Stallgelände anzubauen. U verbaut die ihm von H unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Steine, bevor er die Steine bei H bezahlt hat. Später wird U zahlungsunfähig. H verlangt jetzt von B den Wert der Steine ersetzt. Zu Recht? **673**

BGHZ 40, 272 = NJW 1964, 399 und BGHZ 56, 228; *Medicus/Petersen* GW Rn. 403 ff.; *dies.* BR Rn. 729 f.; *Gursky* 20 Probleme aus dem Bereicherungsrecht, 10. Problem, S. 71; *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse § 4 Rn. 14 ff.

****

4. Fall: Ferkeldiebstahl

Thema: BGH-Klassiker „Jungbullenfall“

D stiehlt bei Bauer B fünf Ferkel. Diese bietet er dem Fleischer F zum marktüblichen Preis von 1.500 Euro an. F geht auf dieses Angebot ein und verarbeitet die Tiere zu schmackhafter Wurst. Als B von den Vorgängen Kenntnis erhält, will er sich an F halten, da bei D nichts zu holen ist. F verweigert die Herausgabe der Wurst und jede Zahlung; er habe die Tiere zu einem angemessenen Preis gekauft und auch bezahlt. **674**

BGHZ 55, 176 = NJW 1971, 612 (Jungbullenfall = *Beuthien/Weber* Fall 5); BGH NJW 1992, 2084 (Fuchsberger mit Brille); Vgl. zum Jungbullenfall im Kapitel Eingriffskondiktion Teil I S. 14 ff.; *Medicus/Petersen* GW Rn. 405 a.E.; *dies.* BR Rn. 727, 730; *Ehmann* NJW 1971, 612.

Lösungsskizze

a) Anspruchsgrundlage. §§ 951 Abs. 1 i.V.m. 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB, (nach h.M. Rechtsgrundverweisung)

(1) Rechtsverlust nach §§ 946 – 950 BGB: hier § 950 BGB

Bereits vorher Eigentum an den Schweinen (= Nicht-Sachen gem. § 90a BGB, aber Vorschriften entsprechend anwendbar) verloren durch **gutgläubigen Erwerb** des F gem. §§ 929, 932 Abs. 1 BGB? Voraussetzungen des § 932 BGB liegen vor, aber § 935 BGB schließt gutgläubigen Erwerb aus (Ferkel waren gestohlen). **675**

Voraussetzungen des § 950 Abs. 1 S. 1 BGB: „**Neue Sache**“, im Einzelfall entscheidet **Verkehrsanschauung** (z.B. Bezeichnung, Stoff⇒Anzug oder Kleid, bei Ferkel und Wurst unproblematisch **Wert der** Arbeit nicht wesentlich geringer als Wert des Stoffes (Zutaten). Wichtig: darf also durchaus geringer sein. Bei ½ zu ½ klar. Schädlich: Wert der Arbeit nur 40% des Wertes der Stoffe (BGHZ 56, 88). Eigentumserwerb des Herstellers (unabhängig von subjektiven Umständen etc.). **676**

Problem: **Wer** ist **Hersteller**? Hier: Es kommt nur F in Betracht. Sonst aber schwierig bei Einschaltung von Mitarbeitern (Bsp. Herstellung von Autos). Zusammenhang mit der Frage, ob § 950 BGB zwingend ist (h.M. bejahend). Andererseits kommt es nicht nur auf die tatsächliche Lage an, sondern auf die maßgeblichen **Rechtsverhältnisse** (Arbeitgeber - weisungsbefugt - Hersteller, auch wenn er nicht Hand anlegt). Auch darüber hinaus bei sonstigen Schuldverhältnissen (Werk- Dienstvertrag höherer Art, Hersteller = Geschäftsherr). Ansatzpunkt für **verlängerten** Eigentumsvorbehalt: Käufer verarbeitet **für** Verkäufer, der damit Eigentümer der neuen Sache wird (verlängerter Eigentumsvorbehalt, Variante Verarbeitungsklausel). Im einzelnen Vorlesung Sachenrecht. **677**

Ergebnis hier: B hat das Eigentum an den Ferkeln verloren. **678**

(2) Rechtsgrundverweisung des § 951 BGB auf § 812 ff. BGB: hier § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB

Etwas erlangt: Eigentum (vgl. o.). **679**

Auf sonstige Weise: Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts, wobei der Vorrang der Leistungskondiktion gilt. (Formel: Eingriffskondiktion nur unter der Voraussetzung, dass der Bereicherungsgegenstand dem Empfänger von **niemand** geleistet worden ist. Telos: Keine Mehrung von Gläubigern und Eindämmung des Insolvenzrisikos.)

Ebenso, wenn Anspruchsteller an einen Dritten geleistet hat? **680**

- Hier Leistung?

  F hat die Tiere **gekauft** und in **Erfüllung** dieses Kaufvertrags bekommen. Spricht für Leistung (=bewusste, zweckgerichtete Vermögensmehrung).

Dieses Ergebnis hat zeitweise die sog. Trennungslehre als „modernes Bereicherungsrecht“ aus den 70 er Jahren in Frage gestellt, die streng zwischen Eingriffs- und Leistungskondiktion trennt und der Leistungskondiktion Vorrang einräumt (s.o.). Stichworte **Alternativität oder Subsidiarität der Eingriffskondiktion**; s. auch Anmerkung *Ehmann*, NJW 1971, 612.

681 Der BGH (NJW 1971, 612) kämpft hier mit Schwierigkeiten. Prüft **Vertrag mit dem Dieb** als rechtfertigender Grund (kein Eingriff, in der Sache Alternativität). Dann wird auf die § 932 ff. BGB abgestellt, die den **Interessenkonflikt** abschließend regeln, d.h. bei **Abhandenkommen** kann die Sache nicht gutgläubig erworben werden und muss herausgegeben werden (s.o.). Setzt sich im Wertersatz nach § 951 BGB fort, wenn es zur Verarbeitung kommt. Der BGH postuliert für diese Konstellation gleichsam eine **Ausnahme** vom **Vorrang der Leistungskondiktion** wg. § 935 BGB.

682 Aber **Achtung** (unbedingt in Klausuren beachten, anders als BGH und als soeben aus didaktischen Gründen ausgeführt): Das **Erlangte** muss genau bestimmt und dann auch konsequent beibehalten werden. Hier darf das Erlangte nicht mit den „Tieren“ gleichgesetzt werden, sondern muss präziser benannt werden: **Eigentum oder Besitz** an diesen Tieren.

683 Hier geht es um das **Eigentum an den Schweinen**. B hat das Eigentum verloren und F hat es erlangt. Der Ausgleich kann durch § 951 BGB i.S. eines Spezialfalls der Eingriffskondiktion stattfinden; die Eingriffskondiktion wird nicht durch das Vorliegen einer Leistung ausgeschlossen. Das **Eigentum** hat der Dieb nämlich nicht geleistet (wg. § 935 BGB), sondern nur den **Besitz,** der bereicherungsrechtlich als das Erlangte gerade nicht zur Debatte steht.

684 Also: F hat durch die **Leistung** (zweckgerichtete Vermögensverfügung) des D, Übergabe der Tiere, nur den **Besitz** an den Ferkeln erlangt, das Eigentum wurde wegen § 935 BGB **nicht** beeinträchtigt; erst durch die **Verarbeitung** ging B das Eigentum verloren und sein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB unter; die Verarbeitung beruhte **nicht** auf der Leistungsbeziehung mit D (findet **danach** statt, allein durch F). Hier liegt der entscheidende Unterschied zu den Einbaufällen, in denen der gesetzliche Eigentumsverlust mit der zweckgerichteten Zuwendung (von Eigentum) zusammenfällt.

Die Leistungskondiktion kann gegenüber der Eingriffskondiktion aber nur vorgehen, wenn **derselbe Bereicherungsgegenstand** betroffen ist.

685 § 950 BGB als Rechtsgrund (Regelung des Behaltendürfens)? Die Norm sieht zwar einen Eigentumsübergang vor, beinhaltet aber **keinen Rechtsgrund.** Argument**:** Regelung des § 951 BGB.

b) Ausschluss des Anspruchs wegen § 993 Abs. 1 HS 2 BGB (EBV).

686 Grundsätzlich bestand vor der Verarbeitung eine **Vindikationslage**, so dass die Anwendung der §§ 985 ff grundsätzlich in Betracht kommt.

Wichtiger Grundsatz des EBV: Schafft eigene Haftungswelt, und zwar zugunsten des **redlichen und unverklagten Besitzers**. Keine **Haftung** bei fahrlässiger Verletzung fremden Eigentums (so eigentlich § 823 BGB). Schadensersatz nur unter den Voraussetzungen der §§ 989, 990 BGB. Ebenso Herausgabe von Nutzungen, §§ 987, 990 BGB. Deswegen wichtigste Vorschrift § 993 Abs. 1 HS 2 BGB.

Gilt jedoch nicht für Eingriffskondiktion, die nicht ein **Fehlverhalten sanktionieren, sondern sich** mit objektiv unberechtigten Vermögensverschiebungen befassen soll.

Z.B. wird § 816 BGB im EBV nicht ausgeschlossen, ebenso ungerechtfertigte Bereicherung durch Minderung des Wertes der Sache durch Nutzung.

c) Beschränkung des Umfangs des Anspruchs nach § 818 Abs. 3 BGB durch Verrechnung mit den Aufwendungen, die F gegenüber D hatte (Kaufpreis)?

687 Anspruch nach §§ 951, 812 BGB trat an die Stelle des Anspruchs nach § 985 BGB (Rechtsfortwirkung); gegen diesen hätte die Zahlung an den D auch nicht in Ansatz gebracht werden können; das Geld muss F von D zurückfordern, dem er diese Leistung erbracht hat.

Besser: hat mit Bereicherung i.S.d. § 951 BGB und ihrem Umfang nichts zu tun. Dieser Aufwand liegt gleichsam **vor** der Bereicherung (war gezahlt als Verarbeitung anstand).

****

II. Leistungskondiktion (insbesondere in Dreiecksverhältnissen)

1. Zahlung auf Nichtschuld aufgrund Anweisung

a) Prüfungsübersicht: Leistungskondiktion

688 § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB, § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB, § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB, § 817 S. 1 BGB

1. Etwas erlangt (auf Seiten des Anspruchsgegners – genaue Bezeichnung s.o. Eigentum oder nur Besitz)

2. durch Leistung (des Anspruchstellers) - s.a. § 812 II BGB

3. Unterscheidung nach der Kondiktion

- § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB, § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB: Ohne rechtlichen Grund
- § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB: Nichteintritt des bezweckten Erfolges
- § 817 S. 1 BGB: Gesetzes- oder Sittenverstoß des Leistenden

4. Kein Ausschluss: §§ 814 (nur bei condictio indebiti), 815 (nur bei condictio ob rem), 817 S. 2 BGB

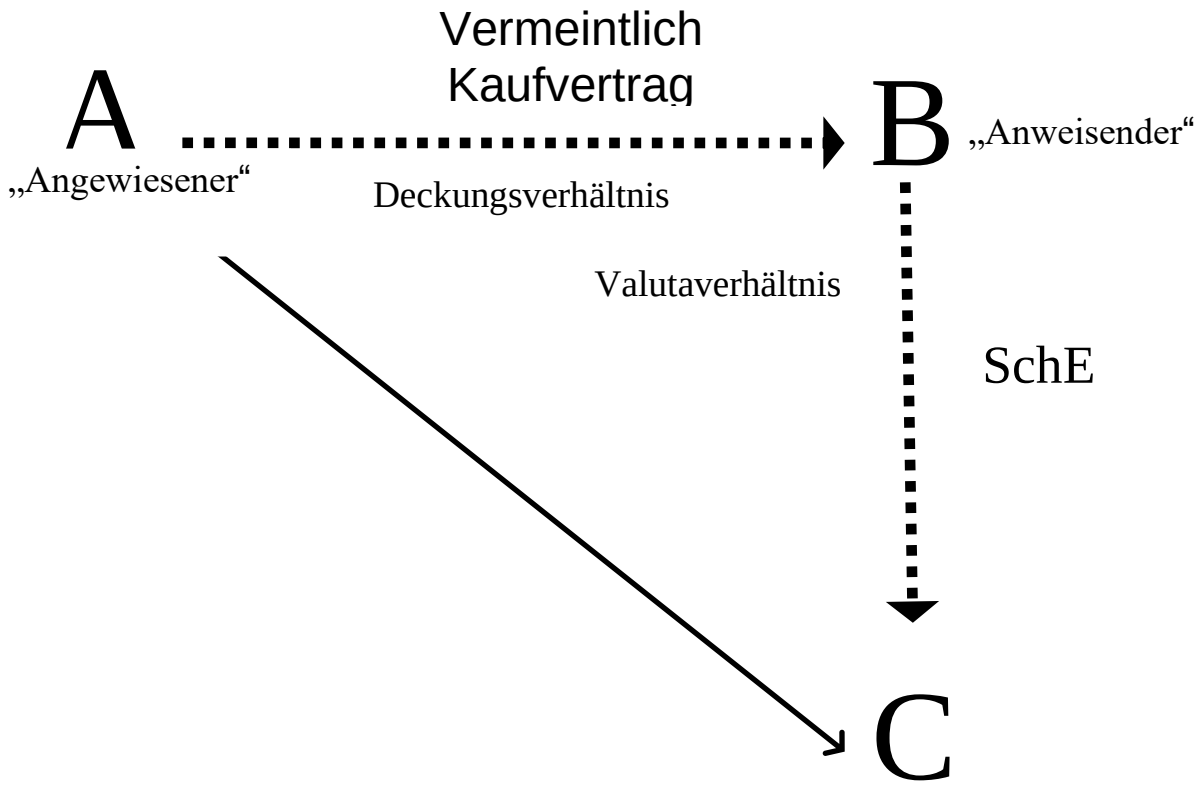
b) Fall: Schwierige Rückforderung

A schuldet vermeintlich dem B als Kaufpreis 500 Euro. Da B seinerseits dem C noch 500 Euro als Schadensersatz schuldet, bittet B den A, den Betrag von 500 Euro unmittelbar an C zu zahlen. Dies geschieht. Als sich ein Einigungsmangel hinsichtlich des Kaufvertrages zwischen A und B herausstellt, fragt A, von wem er Rückgewähr des gezahlten Betrages verlangen kann. **689**

Variante*:* Auch die Schadensersatzverbindlichkeit des B gegenüber C besteht nicht.

Vgl. *Medicus/Petersen* BR Rn. 674 ff.,

Zur Nichtigkeit und zum Doppelmangel bei Dreiecksverhältnissen siehe auch Teil I, S. 8ff.



(1) Lösungsskizze Grundfall

(a) A gegen C auf Rückzahlung von 500 Euro aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB

(condictio indebiti, Fehlen des rechtlichen Grundes von Anfang an)

1. C muss *etwas erlangt* haben: C hat **Eigentum am Geld** (500 Euro) erworben, als A an ihn gezahlt hat (§ 929 S. 1 BGB): (+) **690**

2. Erwerb durch *Leistung des A*: bewusste und zweckgerichtete Mehrung des Vermögens des C durch A **691**

   a) Obj.: *Vermehrung* des Vermögens des C: Eigentum am Geld (500 Euro): Liegt vor.

   b) Subj.: Vermögensmehrung müsste *bewusst* durch A herbeigeführt worden sein, der damit gegenüber C den *Zweck* verfolgt hat, eine eigene Schuld zu begleichen: Liegt nicht vor; A schuldet dem C nichts, daher **keine derartige Zwecksetzung** des A gegenüber C, nur „farblose“ Zuwendung“.

Der Anspruch ist nicht gegeben.

(b) A gegen B auf (Rück-) Zahlung von 500 Euro aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt BGB

1. B muss **etwas erlangt** haben. Geld? B hatte nie Geld bekommen. **692**

   Vielmehr Befreiung von der Schadensersatzverbindlichkeit gegenüber C, §§ 362 Abs. 1, 267 Abs. 1 BGB: (+)

2. Erwerb durch **Leistung** *des A*: **693**

   a) Obj.: **Vermögensmehrung** = Befreiung von der Verb.: (+)

b) Subj.: **bewusste** Vermögensmehrung, *Zwecksetzung* des A gegenüber B: A zahlte bewusst an C, auch eine bewusste Mehrung des Vermögens des B, der ja (vermeintlich) Gläubiger des A war, ist damit anzunehmen, ferner verfolgte A gegenüber B den **Zweck**, seine (vermeintliche) Verbindlichkeit bei B zu erfüllen. Also: Üblicher Leistungszweck „zur Erfüllung".

694 3. **Ohne rechtlichen Grund***:* Die vermeintliche Verbindlichkeit des A ggü. B bestand in Wirklichkeit gar nicht, mithin fehlt ein rechtlicher Grund für die Zahlung des A.

695 Befreiung von der Schadensersatz-Verbindlichkeit kann nicht herausgegeben werden. § 818 Abs. 2 BGB sieht **Wertersatz** vor (Jauernig/*Stadler* § 818 Rn. 12). Objektiv zu bemessender Wert: Höhe der Verbindlichkeit (jedenfalls bei entsprechendem Vermögen des B).

696 Beachte: Kann fraglich sein, wenn Forderung wegen Vermögenslosigkeit des B wertlos war.

Der Anspruch des A gegen B auf Zahlung von 500 Euro, § 818 Abs. 2 BGB ist gegeben.

(2) Lösungsskizze Variante („Doppelmangel"):

(a) Anspruch A gegen C aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB

697 wie oben, (-)

(b) Anspruch A gegen B aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB

698 1. Etwas erlangt von B

Befreiung von einer eigenen Verbindlichkeit. Liegt hier **nicht** vor (keine Verb. des B ggü. C).

Weitere Möglichkeit: Kondiktionsanspruch des B gegenüber C

Voraussetzung: - Anspruch des B gegen C aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB

- - etwas erlangt durch C: Eigentum an 500 Euro: (+)
- - durch Leistung des B: B schuldete dem C vermeintlich 500 Euro, daher bewusste und zweckgerichtete Zahlung an C aus Sicht des B, der den A **anwies**, an C zu zahlen: (+)
- - ohne rechtlichen Grund: Schadensersatzverbindlichkeit des B gegenüber C bestand nicht: (+)

⇒ Anspruch B gegen C: (+)

Erlangt ist dieser Anspruch oder Eigentum am Geld (500 Euro), sofern C schon an B auf dessen Bereicherungsanspruch gezahlt hat: (+)

2. durch *Leistung des A:* (+), wie oben bei (2).2.

3. ohne rechtlichen Grund: (+), wie oben bei (2).2.

Ergebnis: Anspruch A gegen B: (+)

699 **Inhalt des Anspruchs** (§ 812 Abs. 1 BGB):

- wenn C schon an B (zurück-) gezahlt hat: Herausgabe von 500 Euro;

- wenn noch nicht gezahlt: **„Kondiktion der Kondiktion"**,

700 Abtretung des Bereicherungsanspruchs, § 398 BGB, aber problematisch, (vgl. *Medicus/Petersen* BR Rn. 670 ff. m.w.N.) denn A trägt jetzt das **Insolvenzrisiko** des C und auch das Risiko möglicher Einwendungen des C gegenüber B. Mit C hat er nichts zu tun, ihn hat er sich nicht ausgesucht.

701 Deshalb **a.A.** *Canaris*, FS Larenz 1973, 799, 811 und Larenz/*Canaris* SchBT II 2: Kondiktion A-B ist nicht gerichtet auf Abtretung des Kondiktionsanspruchs B-C, sondern auf **Ersatz des Wertes** des Gegenstands, den A an C zugewendet hat. Begründung: B konnte über diesen Gegenstand „verfügen", der somit „mittelbar" in sein Vermögen gelangt ist.

702 Gegenargument: § 818 Abs. 2 BGB schränkt die Bereicherung auf das **noch** Vorhandene ein.

703 Anderer Lösungsvorschlag: **Direktkondiktion** A gegen C;

Dagegen spricht (wie oben): mit C hat A eigentlich nichts zu tun; ihm bleibt nur das Insolvenzrisiko des B erspart, das ihn aber zu Recht treffen würde (sein Vertragspartner);

Im Übrigen verstiesse die **Direktkondiktion** gegen den Grundsatz der Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion

704 **Beachte zusammenfassend:** Bereicherungsansprüche bestehen grundsätzlich nur zwischen den Vertragsparteien A und B sowie B und C, ein Durchgriff A gegen C scheidet grds aus. Anders ist es nach dem Gesetz nur im Falle des § 822 BGB! Wenn B die Befreiung von seiner Verbindlichkeit erlangt hat, muss er den entsprechenden Wert (§ 818 Abs. 2 BGB) herausgeben.

705 Anders im problematischen Fall des **Doppelmangels**, zu dem verschiedene Auffassungen vertreten werden:

- Kondiktion der Kondiktion
- Anspruch A gegen B auf Ersatz des Wertes des Zuwendungsgegenstands
- Durchgriffskondiktion gegen C (wie bei § 822 BGB; *Medicus/Petersen*, BR, Rn. 670)

706 Dazu BGH **NJW 2003, 582 = JuS 2003, 499** *K. Schmidt*: Liegt der Zahlung eine bloße **„Scheinanweisung"** des vermeintlichen Darlehensnehmers zugrunde, so ist ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich zwischen Zahlendem und Zuwendungsempfänger nach den Regeln der Nichtleistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB) vorzunehmen, und zwar auch dann, wenn dieser

von einer Zahlung seines vermeintlichen Schuldners ausging (Ergänzung zu BGHZ 147, 145 = NJW 2001, 1855). Auch Ausführungen zu § 817 S. 2 BGB (keine Anwendung auf Nichtleistungskondiktion).

****

c) Fall: Pechvogel

In wesentlichen (bereicherungsrechtlichen) Teilen einem Examensfall nachgebildet

Der Jurastudent S hat ausgesprochenes Pech: Nach einer ausgiebigen Feier fährt ihn beim Überqueren der Straße F mit seinem Kraftfahrzeug an. S zieht sich eine behandlungsbedürftige Platzwunde am Kopf zu; seine wertvolle Kleidung (Anzug von Armani Modell "Jürgen T") ist unrettbar verschmutzt und zerrissen. Nach Austausch der Personalien und Versicherungsnummer setzt er seinen Weg nach Hause fort. Kurz vor seiner Haustür begegnet er einem Foxterrier, der seinem Herrchen H beim spätabendlichen Spaziergang entwischt ist. Es kommt zu einer Rangelei mit dem sonst friedliebenden Tier, das sich an der Hose des S festbeisst. H, der kurz darauf völlig außer Atem dazu stößt, ist die Angelegenheit furchtbar peinlich. Er beruhigt den S damit, dass das Tier auf keinen Fall tollwütig und außerdem bestens versichert sei. **707**

Die Haftpflichtversicherung von F zahlt nach Schadensmeldung und entsprechenden Angaben durch S insgesamt 2.000 Euro als Schadensersatz: 1.250 Euro zahlt die Versicherung direkt an das Krankenhaus, in dem der privat versicherte S wegen der Platzwunde am Kopf behandelt wurde und dessen Rechnung er der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung vorlegt; 750 Euro zahlt die Versicherung direkt an S als Ersatz für die beim Unfall getragene Kleidung.

Die Hundehaftpflichtversicherung zahlt an S 125 Euro als Ersatz für die Hose, in die sich der Foxterrier verbissen hat.

Unglücklicherweise hat S bei Einreichung seiner Krankenhausrechnung Unterlagen beigefügt, aus denen sich eine Analyse seiner Blutwerte ergibt, insbesondere der Alkoholgehalt. Danach hatte S kurz nach dem Unfall und ohne weiteren Alkoholgenuss einen Promillegehalt von 1,7. Als dies im Zuge einer Revision bei der Versicherung bemerkt wird, macht sie mit Recht geltend, dass S infolge seiner alkoholbedingten Unsicherheit in gleicher Weise zu dem Unfall beigetragen habe wie F. Die Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung will deshalb 1.000 Euro zurück haben. **708**

Als S aus Ärger über seine Ungeschicklichkeit versucht, bei der Tierhalterhaftpflichtversicherung noch etwas mehr "herauszuholen" kommt zutage, dass S gegenüber der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung den Wert seiner an diesem Abend getragenen Kleidung geltend gemacht hat. Die Tierhalterhaftpflichtversicherung verlangt deshalb Rückzahlung der 125 Euro.

Von wem und gegebenenfalls in welcher Höhe kann die Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung Rückzahlung verlangen?

Muss S eine Rückzahlung an die Tierhalterhaftpflichtversicherung leisten?

Zur Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB siehe auch Teil I, S. 4f.

(1) Lösungshinweise

(a) Anspruch der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung gegen das Krankenhaus auf Rückzahlung von 625 Euro aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB.

Leistung ggü dem Krankenhaus? **709**

Unabhängig von einer Detailerörterung, wer hier an wen geleistet hat, hat jedenfalls die Haftpflichtversicherung gegenüber dem Krankenhaus **keinen Zweck** i.S. einer Leistung verfolgt. Sie hat nur an das Krankenhaus gezahlt, weil der geschädigte S die Rechnung vorgelegt und um Begleichung gebeten hat. Die Versicherung hat also insofern auf Anweisung des S gehandelt. Deshalb kommt allenfalls eine Leistung an S, aber keinesfalls an das Krankenhaus in Betracht.

(b) Anspruch der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung gegen S auf Rückzahlung der Krankenhausbehandlungskosten aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB

S hat die Befreiung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Krankenhaus **erlangt**. **710**

Durch **Leistung** der Versicherung an ihn?

Eine Leistung an S setzt voraus, dass die Versicherung an ihn eine zweckgerichtete (rechtsgrundbezogene) Zuwendung erbracht hat.

Dagegen könnte schon sprechen, dass die Haftpflichtversicherung zahlt, weil sie aufgrund des Versicherungsvertrags mit F hierzu verpflichtet ist. Damit könnte eine **Leistung an F** nahe liegen, der der Versicherung eine Weisung zur Zahlung an S erteilt hat. **711**

Im Falle einer Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung ist die Ausgangslage allerdings anders: Nach § 3 PflVersG ist die Haftpflichtversicherung (ausnahmsweise) **selbst** gegenüber dem Geschädigten **verpflichtet**. Insofern erfüllt sie bei Ersatzleistungen keine Verpflichtung gegenüber dem **Versicherungsnehmer**, sondern gegenüber dem **Geschädigten**. **712**

Der Zahlung an S lag also die **Zweckabrede** zugrunde, die **eigene Verpflichtung** aus § 3 PflVersG i.V.m. § 7 StVG zu erfüllen. **713**

Eine Zweckabrede bestand also zwischen der Kfz-Haftpflichtversicherung und S, der die Versicherung wiederum anwies, unmittelbar an das Krankenhaus zu zahlen.

Ohne Rechtsgrund ? **714**

Zweck/Rechtsgrund der Zahlung war die Erfüllung der o.a. Schadensersatzpflicht. Wenn S (wie im Sachverhalt festgehalten) in gleicher Weise zu dem Unfall und dem entstandenen Schaden beigetragen hat, mindert sich der Ersatzanspruch nach § 254 Abs. 1 BGB um 50 %. Insofern fehlte es am Rechtsgrund, so dass die Kfz-Haftpflichtversicherung die Hälfte der gezahlten Krankenhauskosten zurückverlangen kann.

(c) Anspruch der Tierhalterhaftpflichtversicherung gegen S auf Rückzahlung aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB

715 Wie unter (b), aber mit dem Unterschied, dass für die Tierhalterversicherung keine Regelung wie § 3 PflVersG gilt. Sie leistet also **nicht** zur Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit gegenüber S.

716 Vielmehr kommt zweierlei in Frage:

- Die Versicherung zahlt an S auf **Anweisung** des H (also Zweckabrede/Leistung im Verhältnis Versicherung – H).
- Die Versicherung begleicht als **Dritte** (vgl. § 267 BGB) die Verbindlichkeit, der S gegenüber H ausgesetzt ist (also Zweckabrede/Leistung im Verhältnis Versicherung – S).

717 Gegen die erste Alternative spricht, dass eine Haftpflichtversicherung **selbst** die Rechtslage und die Haftpflicht prüft und nicht auf Weisungen ihres Versicherungsnehmers reagiert. Deshalb ist vorzugswürdig und jedenfalls gut vertretbar, von der zweiten Alternative auszugehen (so jedenfalls die Rechtsprechung: BGHZ 113, 62 = NJW 1991, 919; vgl. im einzelnen *Medicus/Petersen* BR Rn. 685 und *Jakobs*, NJW 1992, 2524).

****

d) Fall: Fehlende Schlusslieferung

718 L schuldet dem A umfangreiche Lieferungen. 20% des Lieferumfanges stehen noch aus, die letzte Lieferung soll in 2½ Monaten erfolgen. Auf Drängen des L gibt A ein abstraktes Schuldanerkenntnis in Höhe des gesamten Kaufpreises ab, zahlbar in drei Monaten. Nach 3 Monaten hat L immer noch nicht vollständig geliefert und A will deshalb nicht zahlen. Mit Recht?

Mit **wechselrechtlicher** Problematik Fall nach BGHZ 85, 346 = NJW 1983, 1059 = JuS 1983, 633 *(Emmerich)*; s.a. BGH NJW 1986, 1872 = JuS 1986, 807; dazu *Bilda*, JuS 1993, 395; *Bulla*, JuS 1983, 755, *Canaris* JZ 1986, 684; *Flume*, NJW 1986, 2482; *Schwark*, Jura 1991, 49; *Zöllner*, ZHR 148 (1984), 313. Dazu**: BGH NJW 2008, 3208** - Vollstreckbares Schuldversprechen als kausaler Vertrag: Keine Rückgewähr eines "rechtsgrundlos" erteilten Schuldversprechens bzgl. einer tatsächlich bestehenden Schuld. Siehe auch: **NJW 2008, 3185 *Zimmer.***

Lösungshinweise

719 Anspruchsgrundlage § 781 BGB

Ein **Anerkenntnis** wurde vereinbart. Dabei handelt es sich auch um ein Schuldanerkenntnis i.S.d. § 781 BGB (konstitutives Schuldanerkenntnis, das deklaratorische ist im Gesetz nicht geregelt; vgl. im einzelnen *Fischer*, JuS 1999, 998 ff.), da beide darüber einig waren, dass das Anerkenntnis schuldbegründende Wirkung haben sollte. Anspruch entstanden.

720 Anspruch auch nicht nach § 362 Abs. 1 BGB mangels Zahlung des A untergegangen.

Beachtliche Einwendungen/Einreden gegen das Anerkenntnis?

Es besteht möglicherweise ein Zurückbehaltungsrecht nach **§ 273 Abs. 1 BGB**. Diese Einrede müsste gegenüber dem Anerkenntnis überhaupt beachtlich sein.

721 **Exkurs:** Anerkenntnis und Zurückbehaltungsrecht

Grds. schafft das konstitutive Schuldanerkenntnis eine vom Grundgeschäft (hier Kauf) unabhängig bestehende, selbständige Verpflichtung **(Abstraktion**). D.h., die Wirksamkeit der Forderung aus dem Anerkenntnis ist von der Wirksamkeit der Forderung aus dem Grundgeschäft unabhängig.

Trotz ihrer Abstraktheit ist die Forderung aus dem Anerkenntnis indessen nicht völlig losgelöst vom Grundgeschäft: Die Verkettung mit dem Grundgeschäft zeigt sich darin, dass der Schuldner bei Fehlen, Ungültigkeit oder Wegfall des Grundgeschäfts gegenüber dem Begehren aus dem Anerkenntnis die **Bereicherungseinrede nach § 821 BGB** entgegenhalten kann, wenn das Schuldanerkenntnis rechtsgrundlos erbracht wurde:

722 **Beachte § 812 Abs. 2: Leistung** hier ist die Begründung einer **neuen Verbindlichkeit** im Sinne eines **Anerkenntnisses** (s. Skizze). Eingehen dieser Verbindlichkeit „erfüllungshalber“ (§ 364 Abs. 2 BGB). Ein fehlender Rechtsgrund (fehlender zugrundeliegende Verbindlichkeit) würde also zur Kondiktion und damit gem. § 821 zu einer Einrede gegen den Anspruch aus § 781 BGB führen.

723 **Im Fall:** Am **Rechtsgrund** fehlt es allerdings nicht (Kaufvertrag, Forderung gem. § 433 Abs. 2 BGB). **§ 273 Abs. 1 BGB** gewährt keine rechtsverhindernde oder rechtsvernichtende Einwendung, sondern nur eine **Einrede**, die den Bestand des Anspruchs nicht berührt.

Einreden aus dem Grundgeschäft kann der Schuldner gegenüber der Forderung aus dem Anerkenntnis auch nur über den Bereicherungseinwand nach § 821 BGB geltend machen, wenn es sich um dauernde Einreden nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB handelt: Denn: Auch bei dauernden Einreden kann das Geleistete - über § 812 Abs. 2 BGB auch das Schuldanerkenntnis - zurückgefordert werden.

724 **Über § 813 Abs. 1 S. 1** BGB wird das Bestehen einer dauernden Einrede einem fehlenden Rechtsgrund (wie dies § 821 BGB verlangt) gleichgestellt; § 813 BGB ergänzt insoweit die condictio indebiti.

Ist Zurückbehaltungsrecht eine **dauernde/peremtorische** Einrede (seltenes Beispiel: § 853 BGB: Erlangung einer Forderung durch unerlaubte Handlung, wobei allerdings dann i.d.R. der Rechtsgrund fehlt, § 1973 BGB Verweigerung durch den Erben nach Aufgebot; Verjährung ist zwar **dauernd**, erfährt aber Sonderbehandlung s. §§ 813 S. 2, 214 Abs. 2 S. 1 BGB) oder eine **aufschiebende/dilatorische Einrede**?

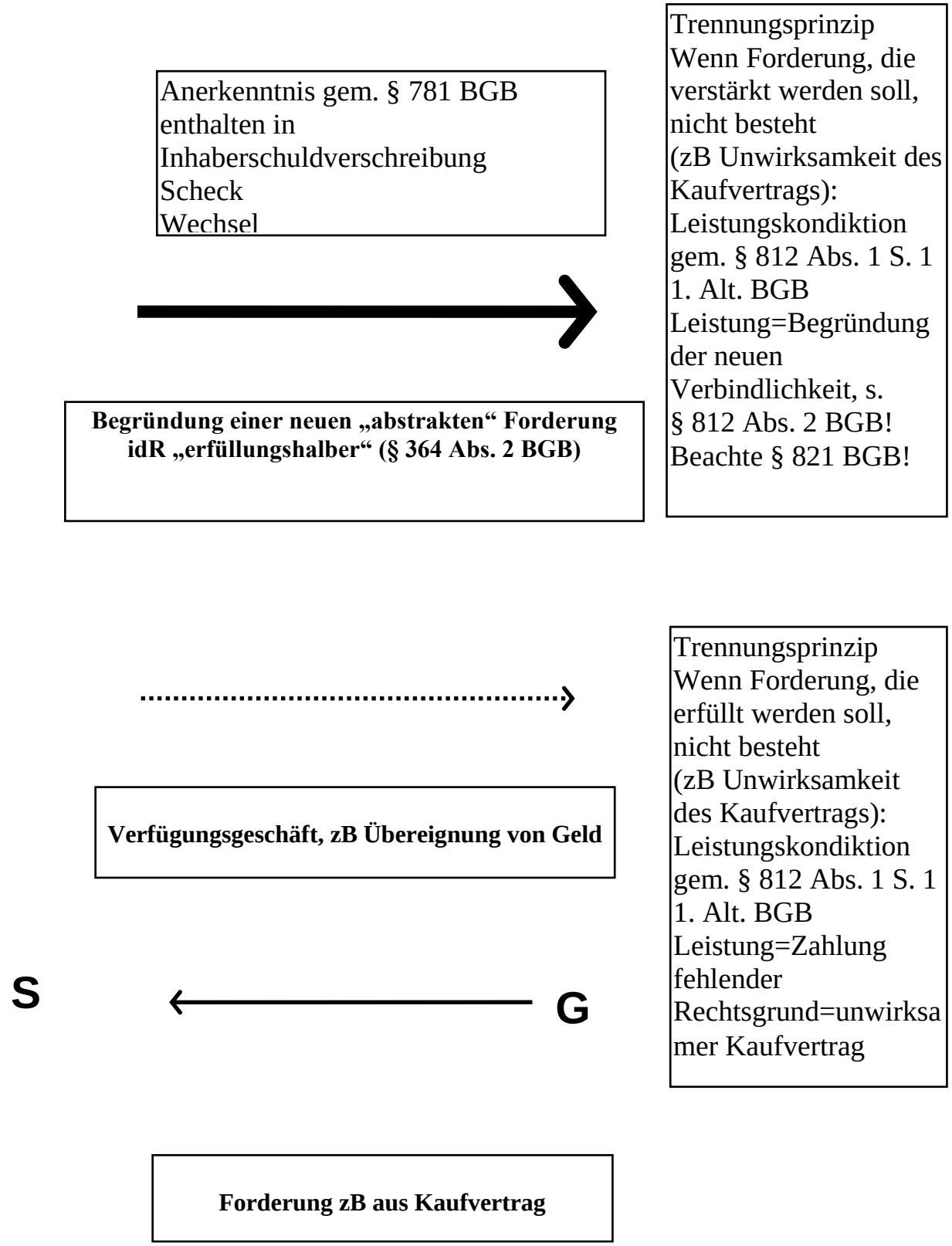
725 Man könnte meinen, sie sei **dauernd**, da sie nicht etwa nur während eines bestimmten Zeitraums besteht. Sie besteht aber nur **bis zur Erfüllung**.

Eben keine Rückforderung gem. § 813 BGB **nach Erfüllung**. Es ist daher völlig unstreitig, dass das Zurückbehaltungsrecht eine **dilatorische** Einrede ist. Sie begründet **keinen Rückforderungsanspruch** nach § 813 Abs. 1 S. 1 BGB und somit keine Einrede gegen das Schuldanerkenntnis gem. § 821 BGB. **726**

Vgl. Teil I § 813 Abs. 1 S. 1 BGB S. 5

Zum **Nacharbeiten** zur Anerkenntnis: *Fischer*, JuS 1999, 998 ff.; Allgemeines zum Umgang mit Anerkenntnissen insb. in der Klausurbearbeitung: *Ehmann*, WM 2007, 329.

2. Übersicht: Begründung einer neuen Verbindlichkeit erfüllungshalber, an Erfüllungs Statt



a) Fall: Der Titelkauf (Mensch Meyer wertete sich auf)

727 Herr Meyer ist Volljurist und wohlhabend, leidet aber unter seinem unscheinbaren Namen. Nachdem der Plan einer Promotion gescheitert ist, wird er auf das Angebot eines Herrn Weyer aufmerksam, ihm für 150.000 Euro die Ernennung zum

Honorarkonsul von Sierra Leone zu beschaffen. Ihm missfällt allerdings, dass Herr Weyer eine Anzahlung von 50.000 Euro verlangt. Er erinnert sich an seine Studienzeit mit ihren juristischen Offenbarungen und verlangt von Weyer zur Sicherung der evtl. Rückzahlungsforderung ein Schuldanerkenntnis in gleicher Höhe, das er bei Ernennung zurückgeben wird oder andernfalls in drei Monaten fällig sein soll. Herr Weyer versteht zwar die Einzelheiten nicht, unterschreibt aber an den gewünschten Stellen. Die Ernennung scheitert allerdings, weil den Vertretern von Sierra Leone der Name „Meyer" nicht gefällt und sich die geschäftlichen Beziehungen zu Weyer sowieso abgekühlt haben. Meyer will daraufhin Weyer aus dem Schuldanerkenntnis in Anspruch nehmen. Mit Aussicht auf Erfolg?

Vgl. (mit wechselrechtlicher Problematik) BGH NJW 1994, 187 = **JuS 1994, 255** *(K. Schmidt)*; s. auch OLG Stuttgart, OLG Koblenz NJW 1996, 665 = **JuS 1996, 555** *(K. Schmidt*); zum § 817 S. 2 BGB s. *Wazlawik*, ZGS 2007, 336; guter Grundlagenbeitrag zur Verknüpfung nichtiger Verträge, GoA und Bereicherungsrecht s. *Lorenz*, **NJW 1996, 883.**

Zum Sonderfall des § 817 S. 2 BGB siehe auch, oben Teil I, S. 26 f.

b) Lösungshinweise

Anspruchsgrundlage § 781 BGB

(1) Anspruch entstanden:

Wirksame Vereinbarung (+) **728**

Beachte: Abstraktionsprinzip, die Sittenwidrigkeit des Titelkaufs (dazu BGH NJW 1994, 187; *Palandt/Ellenberger* § 138 Rn. 56; unterstrichen durch Wertung § 132a StGB) als das Grundgeschäft berührt die Wirksamkeit des Schuldanerkenntnisses nicht. Das konstitutive Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB begründet ein von der Grundforderung unabhängiges, selbständiges Forderungsrecht (s.o. Fall: Fehlende Schlusslieferung).

Sonstige Voraussetzungen der Forderung: „Kautionsfall" **729**

Das Anerkenntnis soll gleichsam als **Kaution** bzw. der Sicherung evtl. Rückzahlungsforderung dienen (Rechtsgrund). Kautionsfall liegt allerdings vor: B ist nicht innerhalb der ausgemachten Frist zum Honorarkonsul ernannt worden und das wird auch nicht geschehen.

(2) Anspruch nicht untergegangen

(3) Beachtliche Einreden des W gegen das Anerkenntnis

Leistungsverweigerung gem**. § 821 BGB**, wenn das Schuldanerkenntnis ohne Rechtsgrund geleistet wurde (§ 812 Abs. 2 BGB) und dem W selbst ein Rückforderungsanspruch diesbzgl. zusteht: **730**

s.o. der Titelkauf als Grundgeschäft verstösst nach h.M. gegen die guten Sitten, § 138 Abs. 1 BGB

Problem: Bereicherungsanspruch (des W) ausgeschlossen? **731**

gem. § 814 BGB?

Insofern hat Bereicherungsanspruch etwas mit Irrtum des Leistenden zu tun.

Gilt allerdings nur für causa solvendi, beachte Erwähnung dieses Erfüllungszwecks im Gesetz!

Hier? Schuldanerkenntnis soll als **Sicherheit** dienen. Also primär **nicht Erfüllungszweck**, sondern Sicherungszweck. Erfüllungszweck allerdings dann doch insofern, als damit Rückzahlung im Falle des Scheiterns (Sicherungsfall) bewerkstelligt wird.

Kann aber letztlich dahinstehen.

gem. § 817 S. 2 BGB **732**

Beachte: § 817 S. 1 stellt für den Fall des Verstoßes gegen gesetzliches Verbot oder gute Sitten eine **eigenständige Leistungskondiktion** dar

Aber neben § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB geringe Bedeutung, da meistens schon Grundgeschäft nichtig.

Bedeutung nur unter folgenden Voraussetzungen:

- Ausschluss nach § 814 BGB (bei Gesetzes- oder Sittenverstoß häufig).
- Keine Nichtigkeit, weil einseitiger Gesetzes- und Sittenverstoß nur durch den **Empfänger** hierfür nicht genügt.

Bedeutsam ist dagegen **Satz 2 als Ausschlusstatbestand**: **733**

Merken: Zwei wichtige Punkte:

- gilt auch, wenn nur dem Leistenden ein Sittenverstoß zur Last zu legen ist (Erst-Recht-Schluss: sonst würde tadelloser Empfänger schlechter stehen).
- schließt generell Leistungskondiktion aus (also nicht nur nach Satz 1). Kein Anlass den Leistungsempfänger bei Nichtigkeit des Grundgeschäfts zu bevorzugen.

Also: **734**

Wenn Weyer bereits **geleistet** hat, kann er nicht **zurückverlangen**. Meyer kann das Empfangene behalten (status quo).

Ratio: Auch wenn Ergebnis ungerecht erscheinen mag (Zufall in der Abwicklung, wer hat gerade was), will die Rechtsordnung nicht ihre Hand zur Rückabwicklung solcher zweifelhaften Geschäfte leihen. Die Beteiligten haben sich außerhalb der Rechtsordnung gestellt und müssen daher ihre Verhältnisse ohne gerichtliche Hilfe regeln.

735 Allerdings wieder **Rückausnahme**: Eingehung einer **Verbindlichkeit, § 817 S. 2, 2. HS BGB**

Der gesetzgeberische Grund für diese Ausnahme liegt darin, dass ein zwar verbots-oder sittenwidriges, aber noch „unfertiges" Geschäft nicht zwangsweise durchgeführt werden soll. § 817 BGB würde hier nicht den gegenwärtigen Status erhalten und jeden weiteren Rechtsschutz verweigern. Vielmehr könnte dann die geleistete Verbindlichkeit durchgesetzt werden.

736 Hier: Begründung einer Verbindlichkeit aus Anerkenntnis des W zum Zwecke der Sicherung und der Erfüllung der Rückzahlungsverpflichtung gegenüber M.

D.h.: die Rückforderung des Anerkenntnisses durch W ggü M wäre nicht nach § 817 S. 2, 1. HS BGB ausgeschlossen.

Dies kann W dem Begehren des M aus § 781 BGB über die Einrede der Bereicherung nach § 821 BGB entgegenhalten und die (Rück-)Zahlung der 50.000 Euro an M verweigern.

Ratio:

737 Es bleibt also bei dem bereits eingetretenen Status quo: Meyer hat gezahlt und Weyer kann behalten. **Verbindlichkeiten** werden wegen der Sittenwidrigkeit nicht durchgesetzt; das Anerkenntnis bringt nichts.

Ebenfalls beliebter Klausurfall: Bereicherungsanspruch des Arbeitnehmers bei Nichtigkeit eines sog. **Schwarzarbeitervertrages**; dazu mittlerweile ältere Ansichten BGHZ 111, 308; *Köhler* JZ 1990, 466; *Kern*, JuS 1993, 193. Die Konstellation der Schwarzarbeit sollte gerade für Examensvorbereitung eine größere Bedeutung einnehmen. Grund: in diesem Bereich besteht aktuell eine kleinere Flut an Entscheidungen des BGH, welche die ehem. Rspr. revidiert, insb. *Stamm* **NJW 2014, 2145**. Die wohl neuste Entscheidung betrifft das Rückdatieren von Rechnungen BGH **DStR 2017, 163**. In der Fallbearbeitung: *Schultheiß,* **JuS 2017, 142**.

****

3. Zahlung auf vermeintliche fremde Schuld

Zur Leistung auf eine fremde Schuld siehe auch Teil I, S. 13f.

Fall: Meine Schulden - Deine Schulden !?: Falscher Verdacht

738 Herr D geht mit seinem Hund Rex im Johannapark - wie jeden Abend - Gassi. Wie die meisten anderen großen Hunde auch darf Rex ohne Leine laufen. Plötzlich verschwindet Rex im Ufergebüsch. Kurz darauf sind laute Hilfeschreie eines Menschen zu hören. Herr D arbeitet sich zum Ufer durch und sieht, dass sich Gerd G, der ortsbekannte Vorsitzende des Leipziger Naturkundevereins, eine blutende Wunde am Arm hält. Rex steht knurrend daneben. Um Ärger zu vermeiden (Gerd G ist sehr erbost, ohne Leine laufende große Hunde mag er ohnehin nicht, und außerdem wollte er in Ruhe das Grün genießen), zahlt Herr D an G 150 Euro „für anfallende Kosten". Einige Tage später stellt sich zufällig heraus, dass der bissige Hund Fritz der Frau S den G gebissen hatte, Rex war nur dazugekommen. Da Fritz aber nach vollendeter Tat weglief und auch dessen Frauchen sich nicht blicken ließ, hielt G sich an D schadlos. D ist wenig erfreut und verlangt von G das Geld zurück.

Variante 1:

739 Als sich G und D noch auseinandersetzen, erfährt D, dass in Wahrheit der Hund Fritz gebissen hat. Um die lästige Sache loszuwerden, zahlt er gleichwohl an G und merkt an, dass er damit die Schuld der S begleiche, von der er weiß, dass ihr die Zahlung in einem Betrag schwerfällt. Er verlangt dann umgehend von S Erstattung in erträglichen Raten. Als S sich keineswegs dankbar zeigt und sogar ihre Zahlungspflicht in Frage stellt, verlangt D von G das Geld zurück.

Außerdem möchte er wissen, worauf er einen Ersatzanspruch gegen S stützen kann.

Variante 2:

740 Sachverhalt wie Grundfall. G ist aber wegen einer verunglückten Existenzgründung als Wurmzüchter vermögenslos. Statt von G das Geld zurückzuverlangen, teilt D ihm mit, er solle die Zahlung als für Frau S erbracht ansehen.

Vgl. *Medicus/Petersen,* BR Rn. 948 ff.; *dies.* GW, Rn. 373

a) Lösungshinweise Ausgangsfall

(1) Anspruch D gegen G auf Rückzahlung:

741 *Leistungskondiktion, § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB (condictio indebiti): Leistung* des D bewusst und mit dem Zweck, eine vermeintlich bestehende **eigene** deliktische Schuld zu tilgen; *ohne rechtlichen Grund,* da kein SchE-Anspruch (§ 823 Abs. 1 BGB, Verschuldenshaftung wg. Körperverletzung durch eigenes Handeln; § 833 S. 1 BGB, Gefährdungshaftung des Luxustierhalters) des G gegen D. damit: Anspruch: (+).

742 *Beachte:* kein Anspruch D gegen S (wie oben bei 1), und zwar schon deswegen weil S nicht von ihrer eigenen, tatsächlich bestehenden SE-Verbindlichkeit gegenüber G befreit worden ist (nichts erlangt): D zahlte **nicht** gem. § 267 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Schuld der S (von dieser wusste D ja nichts).

(2) Anspruch gegen S

743 GoA -, da kein Fremdgeschäftsführungswille (§§ 677, 687 BGB, vgl. dazu im einzelnen unten).

b) Lösungshinweise Variante 1

(1) Frage 1

744 Leistungskondiktion: § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB

Alle Voraussetzungen gegeben (bei Leistung kann sich der Zweck aus Drittbeziehung ergeben, vgl. § 267 BGB, dazu sogleich).

Rechtlicher Grund ist allerdings fraglich. Eigene Verbindlichkeit liegt offensichtlich nicht vor.

Rechtlicher Grund kann aber entsprechend dem Leistungszweck auch fremde Schuld sein.

Voraussetzung von **§ 267 BGB**

„Drei-Narren“:

1. Dritter der zahlt,
2. Schuldner, der widerspricht, und
3. der Gläubiger, der deswegen die Zahlung des zahlenden Dritten zurückweist.

Also hier: Rechtsgrund ist die bestehende Ersatzpflicht der S gegenüber G. **745**

Ergebnis: Rechtsgrund lag und liegt vor. Keine Leistungskondiktion.

(2) Frage 2:

Ersatzanspruch G gegen S als Schuldner. **746**

Prüfungsreihenfolge für den Rückgriff bei Zahlung auf fremde Schuld

1. Ist der Rückgriff besonders geregelt (z.B. § 670 BGB oder cessio legis)

2. Liegt eine berechtigte GoA vor; dann §§ 683, 670 BGB

3. **Rückgriffskondiktion (Konstellationen)**:

   a) **Irrtüml. Eigengeschäftsführung** (§ 687 Abs. 1 BGB): Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB: ***Rückgriffskondiktion***:

   b) **unberechtigte GoA**: Anspruch aus §§ 684 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB: Als Unterfall der Nichtleistungskondiktion könnte eine *Rückgriffskondiktion* gegeben sein. **Beachte aber h.M.:** § 684 S. 1 BGB wird als Rechtsfolgenverweisung auf §§ 818 ff. BGB gesehen; damit **kein Raum für die Rückgriffskondiktion**.

   c) **Geschäftsanmaßung** (§ 687 Abs. 2 BGB): Anspruch aus §§ 687 Abs. 2 S. 2, 684 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB: auch hier zu beachten, dass § 684 S. 1 BGB nach h.M. nur Rechtsfolgenverweisung (TB ist allerdings nicht in § 684 S. 1, sondern in § 687 Abs. 2 S. 1 BGB), damit **kein Raum für die Rückgriffskondiktion**.

   d) unmittelbar aus § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB: ***Rückgriffskondiktion***

Zur Verdeutlichung: Rückgriffskondiktion kommt nur unter folgenden Voraussetzungen zur Anwendung: **747**

- Leistung auf eine fremde tatsächlich bestehende Schuld
- Keine Regelung des Rückgriffs in anderer Weise (z.B. § 670 BGB oder über berechtigte GoA: §§ 683, 670 BGB; h.M. bei unberechtigter GoA gemäß §§ 684 S. 1, 818 BGB)

Zum Fall: **748**

Anspruch aus § 670 BGB (-), kein Auftrag

Anspruch aus §§ 677, 683, 670 BGB: Tilgung einer fremden Schuld ist fremdes Geschäft; regelmäßig im Interesse des GH (Ausnahme: es bestand eine Einrede oder Einwendung oder die Rechtsstellung des GH wird sonst beeinträchtigt). Hier im Interesse der S; mutmaßlicher Wille wird vermutet. Es ist kein anderer wirklicher Wille ersichtlich.

Damit Anspruch gegeben; Rückgriffskondiktion kommt nicht zur Anwendung.

c) Lösungshinweise Variante 2

G ist wegen einer verunglückten Existenzgründung als Wurmzüchter vermögenslos. Statt von G das Geld zurückzuverlangen, teilt D ihm mit, er solle die Zahlung als für Frau S erbracht ansehen. **749**

Ob eine nachträgliche „Umwidmung“ (nachträgliche Tilgungsbestimmung) möglich ist = streitig. Dagegen mit ausführlicher Argumentation: *Medicus/Petersen* BR Rn. 951 (Möglicherweise Aufrechnungslage gegenüber Gläubiger, zwischenzeitliche Zahlung).

Wenn bejahend, Lösung wie 1 (nachträgliche Tilgungsbestimmung als Führung eines fremden Geschäfts). Andernfalls Grundfall. **750**

Zur **Nacharbeit** zu empfehlen: *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 5, Rn. 83 ff.

****

4. Bereicherungsausgleich nach Abtretung

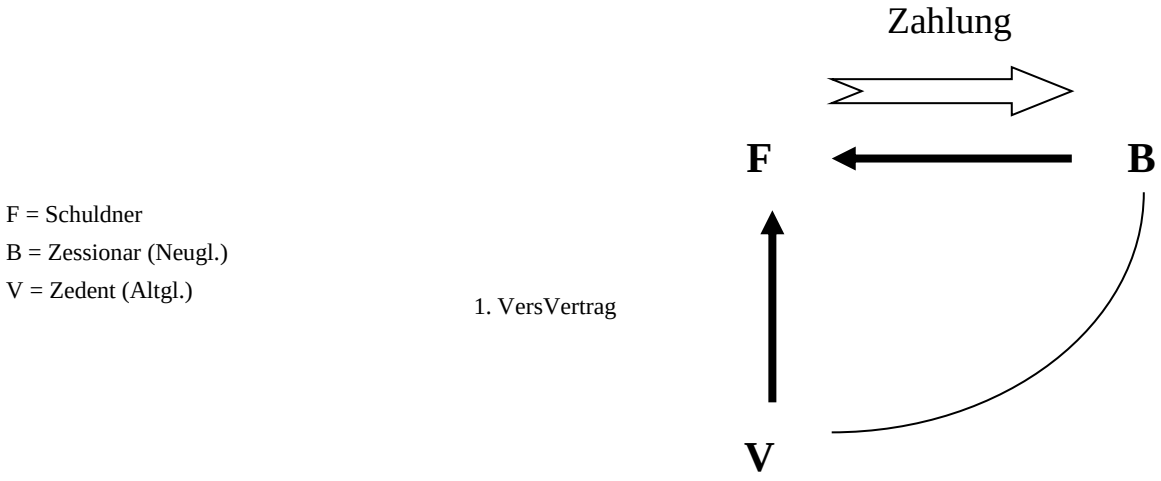
a) Fall: Das teure Feuer

V war bei der F-Versicherung gegen Feuerschäden versichert. Nach einem Brand verlangt V von F Auszahlung der Versicherungssumme in Höhe von 1 Mio. Euro. F weigert sich mit der Begründung, V habe den Brand angestiftet. Kurz darauf tritt V seine Forderung gegen F an die B-Bank ab. Nach langwierigen Verhandlungen zahlt F an die B-Bank, weil V die Anstiftung nicht nachzuweisen ist. Polizei und Staatsanwaltschaft ermitteln unterdessen weiter. So kommt es schließlich doch noch dazu, dass V wegen Anstiftung zur Brandstiftung angeklagt und später auch verurteilt wird. Nun verlangt die F-Versicherung die gezahlte Summe von 1 Mio. Euro von der B-Bank zurück. **751**

Vgl. BGHZ 105, 365 = NJW 1989, 900 = JuS 1989, 576 *K. Schmidt***;** dazu *Lieb* Jura 1990, 359); 122, 46 = NJW 1993, 1578 = JuS 1993, 772 (*K. Schmidt)*; *Medicus/Petersen* BR Rn. 685a; *Gursky* 6. Problem; *Schnauder* JuS 1994, 537 ff.; *Jakobs* ZIP 1994, 9 ff.; krit. insgesamt *Canaris* NJW 1992, 868. Zu den Problemfällen bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung nach Abtretung gehören auch die Abschleppfälle: BGH NJW 2012, 3373.

Zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung bei Zessionsfällen siehe auch Teil I, S. 13.

b) Lösungshinweise



(1) F gegen die B-Bank aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB (condictio indebiti)

752 Etwas erlangt durch B: Versicherungssumme: (+)

Durch Leistung der F:

Obj.: Vermögensmehrung bei B: s.o., (+)

Subj.: bewusste und zweckgerichtete Zahlung durch F an B: nach der Abtretung des Anspruchs auf die Versicherungssumme durch V an die B-Bank musste F an B leisten (vgl. §§ 398 S. 2, 407 Abs. 1 BGB a.E.). F wollte daher ihre Verbindlichkeit gegenüber der B tilgen. Mit V besteht zwar noch eine **vertragliche Verbindung**, eine Forderung des V gegenüber F lag aber im vorliegenden Zusammenhang nicht mehr vor. Daher liegt sowohl, wenn man vom „Empfängerhorizont" (so grds. der BGH) der B ausgeht, als auch, wenn man die Zwecksetzung aus der objektiv erkennbaren Sicht des Leistenden bestimmt (Zwecksetzung = WE, auszulegen gem. §§ 133, 157 BGB) eine bewusste und zweckgerichtete Zahlung von F an B und damit eine Leistung der F an B vor: (+)

D.H.: Über die strikte Anwendung des Leistungsbegriffes käme man zu einer Rückabwicklung zwischen Schuldner und Zessionar

- **Aber:** Wenn das Geld bei B nicht zurückzuholen ist, trägt F das **Insolvenzrisiko**. Er hat sich diesen Vertragspartner nicht ausgesucht. Er hat seinen Vertrag mit F geschlossen.
- **Deshalb: a.A.:** BGHZ 105, 365: keine Leistung von F an B, sondern von F an V als ihren **Vertragspartner**, daher keine Möglichkeit der F, bei B den an diese gezahlten Betrag zu kondizieren! F muss sich vielmehr an V halten.
- Zustimmend insbesondere *Lieb*, JURA 1990, 359 gegen Kritik aus der Lehre (*Dörner*): Parallele zur Anweisung, Entscheidend ist die **Veranlassung** der Leistung **durch den Schuldner** im Valutaverhältnis. Anweisung ist eine Form der Veranlassung, Abtretung eine andere. Nachlesen!.

753 **Ohne rechtlichen Grund**: Der vermeintlich bestehende, abgetretene **Anspruch** des V gegen die B-Bank auf Auszahlung der Versicherungssumme bestand **nicht**: da V selbst an der Entstehung des Feuers beteiligt war, ist die Versicherung nach § 61 VVG (keine Leistungspflicht bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Versicherungsnehmer) gar nicht zur Leistung verpflichtet gewesen: (+)

754 D.h.: Anspruch der F-Vers. gegen die B-Bank auf Rückzahlung der ausgezahlten Summe: (+); **anders der BGH!**.

(2) F gegen V auf Rückzahlung der Summe

755 Nach Ansicht des BGH (s.o.) erfolgte eine Leistung der F an V als ihren Vertragspartner, ungeachtet der Tatsache, dass der (vermeintliche) Anspruch des V auf Zahlung der Versicherungssumme an einen Dritten (die B) abgetreten worden war mit der Folge der § 398 S. 2 BGB sowie § 407 Abs. 1 BGB a.E. (s.o.). Der BGH sieht eine **Zwecksetzung** nur gegenüber V.

756 Kritik:

- **Überspannung des Leistungsbegriffs**: während man über die Zwecksetzung noch streiten mag, bleibt doch offen, worin die Vermögensmehrung bei V liegen soll; was hat V erlangt?
- Die Lehre des BGH vom **Empfängerhorizont** (s.o.) führt gerade in Zessionsfällen dazu, dass Ergebnisse erzielt werden, die dogmatisch nicht mehr nachvollziehbar sind (gilt für den Fall BGHZ 122, 46).

Nach BGH gilt hier: Anspruch: (+), nach der hier (s.o.) vertretenen Ansicht: Anspruch: (-) **757**

****

5. Bereicherungsausgleich bei fehlerhafter Überweisung

a) Fall: Vetternwirtschaft

K und A unterhalten bei derselben Bank B Girokonten. Als die Bank einen Zahlungsauftrag über 100.000 Euro zu Lasten des Kontos von K und zugunsten des Kontos von A durchführt, protestiert K. Der Zahlungsauftrag sei gefälscht, er habe nie einen entsprechenden Auftrag erteilt. **758**

K möchte daher von Ihnen wissen, welche Möglichkeiten ihm zustehen.

Fall nach BGH NJW 1994, 2357 = WM 1994, 2002 = JuS 1995, 74 *(K. Schmidt)* = JA 1995, 265 *(Pauckstaedt-Maihold)*; s.a. BGHZ 111, 382 = NJW 1990, 3194 = JuS 1991, 75 *K. Schmidt* (dazu *Flume* NJW 1991, 2521); 89, 376 = NJW 1984, 1348 = JuS 1984, 717 (dazu *Canaris* JZ 1984, 627); 88, 232 = NJW 1984, 483 = JuS 1984, 222 (dazu *Gottwald* JuS 1984, 841; *Flume* NJW 1984, 464); 66, 372 = NJW 1976, 1449; 61, 289; 50, 227; WM 1990, 1280; NJW 1987, 185 = JuS 1987, 236 *K. Schmidt* (dazu *Canaris* JZ 1987, 201; *Flume* NJW 1987, 635); dazu *Gursky* 2. Problem; *Medicus/Petersen* BR Rn. 677; *Schnauder* ZIP 1994, 1087; *ders.* JuS 1994, 537, 541 f.; Beachte Rechtsprechung bezieht sich auf Rechtslage vor Inkrafttreten des Überweisungsgesetzes!

BGH vom 14.1.2003 – XI ZR 154/02, NJW 2003, 1389: Rückabwicklung verfälschter Überweisungen zwischen Banken beim EZÜ-Verfahren (elektronischer Zahlungsverkehr).

Neue Rechtsprechung unter Beachtung der Wertung des Zahlungsdiensterahmenvertrags: BGH NJW 2015, 2725 und BGH NJW 2015, 3093; krit. *Förster* BKR 2015, 473.

Zur fehlerhaften Banküberweisung siehe auch Teil I, S.12.

b) Lösungshinweise

(1) K gegen die Bank B

Anspruchsgrundlage § 675u S. 2 BGB auf Berichtigung des Kontostandes **759**

Vssg:

Zahlungsdienstevertrag

- Nach § 675f Abs. 1 BGB wird der Zahlungsdienstleister verpflichtet, für die Person, die einen Zahlungsdienst als Zahler, Zahlungsempfänger oder in beiden Eigenschaften in Anspruch nimmt (Zahlungsdienstnutzer), einen Zahlungsvorgang auszuführen. – Liegt hier vor. Die Bank erhält gem. § 675c i.V.m. § 670 BGB Aufwendungsersatz.

Verpflichtung der Bank

- Der Bank obliegt die Pflicht zu einer ordentlichen Kontoführung, die jederzeit den tatsächlichen Bestand an Einlagen bei der Bank wiedergeben muss.

Pflicht nicht erfüllt

- Kontostand ist nur dann zutreffend wiedergegeben, wenn die Abbuchungen aufgeführt werden, die von einer entsprechenden Weisung durch den Kontoinhaber gedeckt sind.
- Hier lag kein Zahlungssauftrag (§ 675f Abs. 3 S. 2 BGB), mithin keine Überweisung des K vor.
- Vermeintliche Weisungen durch Fälschungen Dritter gehen zu Lasten der Bank, es sei denn sie hat das Risiko wirksam durch ihre AGB ausgeschlossen: für letzteres sind im vorliegenden Fall einmal keine Anhaltspunkte gegeben und außerdem wäre ein solcher Ausschluss unwirksam (Erst recht Argument aus Rechtsprechung zum Scheck BGH BGHZ 91, 229 = WM 1984, 1173 = NJW 1984, 2530; anders als ein codiertes Scheckformular lassen sich Überweisungsformulare und Unterschriftenvorlagen ohne weiteres beschaffen).

Erg.: **Berichtigungsanspruch** des K aus § 675u BGB. **760**

(2) K gegen A

Bereicherungsrechtliche Ansprüche

(aa) Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB

Voraussetzung: Leistung **761**

Buchung durch die Bank bei A müsste eine Leistung des K an A im Sinn einer **zweckgerichteten Mehrung** fremden Vermögens darstellen. **762**

Läge ein Zahlungsauftrag des K an seine Bank B vor, sie möge dem A den Betrag gutschreiben, bestünden 2 Leistungsbeziehungen:

- die Bank leistet im Deckungsverhältnis an K, in Erfüllung des Geschäftsbesorgungsvertrages
- K leistet im Valutaverhältnis an A, je nachdem worin die Zahlung motiviert ist

Der Regelfall ist allerdings nicht die sog. Hausüberweisung, sondern es ist noch eine weitere Bank, die Bank des Zahlungsempfängers, eingeschaltet. Sie ist aus dem Blickwinkel des Überweisenden nicht selbst der Adressat der Überweisung, sondern sie erhält den Betrag als (Ein-) Zahlstelle (Empfangsmittler) des Zahlungsempfängers (BGHZ 128, 135 = WM 1995, 149 = NJW 1995, 520).

Fehlt es aber an einem Überweisungsauftrag, liegt keine durch K veranlasste zweckgerichtete Mehrung des Vermögens eines anderen vor.

763 Es **mangelt** an einer **Leistungsbeziehung** zwischen K und A; § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB scheidet aus.

(bb) 2. Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB

764 Voraussetzung: **Keine Leistung**, sondern **Bereicherung in sonstiger Weise** ohne Rechtsgrund auf Kosten des K.

Auf keinen Fall liegt hier das Merkmal „auf Kosten" des K vor. Bei K ist kein Vermögensverlust eingetreten: Nur Falschbuchung, die zwar auch Beeinträchtigungen mit sich bringen, aber nicht im bereicherungsrechtlichen Sinn mit der Bereicherung des A korrespondieren.

(cc) Anspruchsgrundlage § 816 Abs. 2 BGB

765 a) Leistung des K an einen Nichtberechtigten?

Es fehlt schon an einer Leistung des K. Es leistet allenfalls die Bank i.S. der

- Mehrung fremden Vermögens: durch Buchung auf dem Konto bei A
- zweckgerichtet: Bank handelt in der vermeintlichen Erfüllung einer Weisung des K, also gegenüber K.

766 b) zudem würde es an der Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten fehlen

- Berechtigter = K
- Wirksamkeit: nur **tatsächlich erteilte Weisungen** sollen zu Lasten des Kontoinhabers gehen

Erg.: kein Anspruch nach § 816 Abs. 2 BGB

(dd) Deliktsrechtliche Ansprüche

Anspruchsgrundlage § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 266, 27 StGB

767 Problem: Schaden bei K

Indem K der Betrag nicht wirksam entzogen wurde, trat keine materiell-rechtliche Veränderung bei K ein; es fehlt nach der Differenztheorie an einem Schaden in Form einer Vermögensminderung.

Nach der fragwürdigen Ansicht des BGH liegt eine Beeinträchtigung aber auch darin, dass das Girokonto fälschlich kein entsprechendes Guthaben ausweist. Der Kontostand sei bei den Bankgeschäften als Massenvorgängen die Grundlage für kurzfristige Dispositionen durch Überweisungen, Scheckbegebungen etc.; auch wenn die Buchposition zu unrecht weniger ausweist als tatsächlich an Forderungen dem Berechtigten zustehen, ist im Giroverkehr die Verfügungsmacht faktisch eingeschränkt; hierin sieht der BGH einen Schaden.

Schadensersatz soll sich auf einen Anspruch gegen A richten, den erhaltenen Betrag der Bank **zur Verfügung** zustellen, damit sie angehalten ist, die Buchposition bei K zu berichtigen (BGH NJW 1994, 2357, 2359), wozu sie aber sowieso verpflichtet ist (s.o.). Insofern merkwürdiges Ergebnis.

Anspruchsgrundlage § 826 BGB

768 Ebenso wie unter § 823 Abs. 2 BGB.

(3) Bank gegen A

769 Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB

Problem: Hat die Bank an K geleistet? (Vorrang der Leistungskondiktion)

Der K hat nichts erlangt, d.h. schon die **Zuwendung** ist fehlgeschlagen (nicht nur die Zweckabrede).

Unter diesen Voraussetzungen wird ohne weiteres von einem **Eingriff** i.S. der Nichtleistungskondiktion ausgegangen (evident: Die Bank hatte das Geld und hat dies „verloren"). Der K ist in sonstiger Weise ohne Rechtsgrund auf Kosten der Bank i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB bereichert.

770 Ergebnis: Bank kann im Wege der **Eingriffskondiktion (auch Direktkondiktion)** die Zahlung von A zurückverlangen. Dürfte im Vergleich zu dem schadenersatzrechtlichen Ansatz der bessere Weg sein, der Bank das Geld zu verschaffen (s.o.).

> Anmerkung: Wenig zur Falllösung trägt der immer wieder geäußert Vorbehalt des BGH (WM 1995, 352 = NJW 1995, 1484; BGHZ 122, 46 = NJW 1993, 1578; BGHZ 111, 382 = NJW 1990, 3194; BGHZ 105, 365 = NJW 1989, 900; BGH WM 1986, 1381 = NJW 1987, 185; BGHZ 89, 376 = NJW 1984, 1348). bei, dass bei der bereicherungsrechtlichen Behandlung von Vorgängen, an denen mehr als zwei Personen beteiligt sind, sich **jede schematische Lösung verbiete**, sondern es stets auf die Besonderheiten des Einzelfalles ankomme. Unklarheit besteht insbesondere darüber, ob der Anspruch der Bank gegen den Empfänger voraussetzt, ob diese auf den Schein einer wirksamen Anweisung vertraut oder gar das Fehlen der Anweisung gekannt hat. In der diesem Fall zugrundeliegenden Entscheidung (BGH NJW 1994, 2357) hat der BGH dies beiläufig noch einmal ausgeführt. In der Sache hat er aber nicht darauf abgestellt und in anderen Entscheidungen wird dies ausdrücklich nicht als Voraussetzung verlangt (BGHZ 66, 362 = NJW 1976, 1448 (für einen nicht unterzeichneten Scheck); BGH WM 1990, 1280 = NJW-RR 1990, 1200; BGHZ 111, 382 = NJW 1990, 3194).

771 **Womöglich anders: Widerrufene Anweisung**

Vertretbar anders ist zu entscheiden, wenn der Kontoinhaber zunächst einen wirksamen Zahlungsauftrag erteilt, ihn aber widerrufen oder die Bank ihn nicht ordnungsgemäß ausgeführt hat. Hier hat der Kontoinhaber eine Zuwendung veranlasst, die sich aus der Sicht des Empfängers als Leistung an ihn darstellt, wenn er den Widerruf nicht kennt.

Eine solche Gutschrift kann im intakten Valutaverhältnis Erfüllungswirkung haben und von der Empfängerbank nicht storniert werden (BGHZ 87, 246 = WM 1983, 907 = NJW 1983, 2501). Die Überweisungsbank kann in einem solchen Fall grundsätzlich nicht unmittelbar vom Zahlungsempfänger Bereicherungsausgleich verlangen, sondern muss sich an ihren Kunden halten (BGH WM 1984, 890 = NJW 1984, 2205; BGHZ 89, 376 = NJW 1984, 1348; BGHZ 87, 393 = WM 1993, 908 = NJW 1983, 2499; BGHZ 87, 246 = NJW 1983, 2501, Gut zur Nacharbeit: *Dörner*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, Fall 8).

772 Nach älterer Rechtsprechung scheidet ein Bereicherungsanspruch der überweisenden Bank auch dann aus, wenn sie einen vom Auftraggeber widerrufenen Dauerauftrag weiter ausführt und der Überweisungsempfänger den Widerruf nicht kennt (BGHZ 89, 376 = WM 1984, 423 = NJW 1984, 1348). Dasselbe gilt für eine von der beauftragten Bank nicht beachteten Änderung eines Dauerauftrags, die der Zahlungsempfänger nicht kennt, wenn die Bank z.B. über längere Zeit einen erhöhten Betrag überweist und der Empfänger mit einer Unterhaltserhöhung rechnen durfte. Insoweit liegt ein teilweiser Widerruf der Anweisung vor (BGH WM 1984, 890 = NJW 1984, 2205).

773 Wenn der Überweisungsempfänger aber den Widerruf der Überweisung vor der Gutschrift kennt, dann stellt sich der gutgeschriebene Betrag für ihn nicht als Leistung des Anweisenden dar. Dann steht der Bank ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Überweisungsempfänger zu (BGHZ 88, 232 = WM 1983, 1240 = NJW 1984, 483 m.w.N.; BGHZ 87, 393 = WM 1993, 908 = NJW 1983, 2499). Dasselbe gilt, wenn die Bank versehentlich den zehnfachen Betrag der Überweisung an den Empfänger zahlt und dieser weiß, dass es sich um eine Zuvielzahlung handelt. Auch dann stellt der irrtümlich überwiesene Mehrbetrag aus der Sicht des Empfängers keine Leistung des Anweisenden dar (BGH WM 1986, 1381 = NJW 1987, 185). Vgl. Teil I Anweisungsfälle S. 10.

774a In der neueren Rechtsprechung hat sich zumindest in den Konstellationen der Unkenntnis des Zahlungsempfängers etwas getan. Der BGH zieht nunmehr die Wertung des § 675u BGB heran, wonach der Zahlungsdienstleister dem Auftraggeber zu erstatten hat. Nach der gesetzgeberischen Risikoverteilung soll hierbei also der Zahlungsdienstleister im Innenverhältnis das Risiko der nicht autorisierten Zahlung belastet werden. Dieser „darf" dafür im Wege der Nichtleistungskondiktion gegen den Empfänger vorgehen. Bereicherungsrecht ist Wertungsrecht - insb. BGH NJW 2015, 3093; dogmatischer Erwägungen schon *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 5, Rn. 55 ff., insb. Rn.60.

****

6. Tipps zur Klausurtechnik bei bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung im Mehrpersonenverhältnis

775 Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Mehrpersonenverhältnis bereitet in der Klausurbearbeitung erfahrungsgemäß große Probleme. Neben der ohnehin schwierigen Anwendung der §§ 812 ff. BGB, gilt es eine umfangreiche Rspr. des BGH zu berücksichtigen. Wenig hilfreich erweist sich dabei das sture Auswendiglernen von Fällen. Das folgende (gedankliche) Prüfungsschema soll den Einstieg in die Falllösung erleichtern (auch wenn sich für den BGH "jede schematische Lösung" verbietet!).

a) Bestehen zwischen den Personen Leistungsbeziehungen? Welche?

(Anwendung des modernen Leistungsbegriffes: bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens; Maßstab: Objektiver Empfängerhorizont)

Problemfälle beim Leistungsbegriff: Empfänger kennt den Widerruf der Anweisung; Überraschende Anweisung; Zahlung an den Zessionar (s.o. S. 109).

b) In welcher Leistungsbeziehung fehlt der rechtliche Grund?

Grds. ist dann bereicherungsrechtlich dort rückabzuwickeln; Vorrang der Leistungskondiktion; deshalb auch sog. **"Rückabwicklung über´s Eck"**

c) Gegenprobe anhand von Wertungskriterien (Bereicherungsrecht ist Billigkeitsrecht)

Kann u.U. zur Korrektur des über den Leistungsbegriff gefundenen Ergebnisses führen, wenn diese nicht als sach-oder interessengerecht erscheinen

Kriterien:

- Minderjährigenschutz (Mj. überweist auf verjährte Forderung, BGH NJW 1990, 3195)
- Einwendungsverlust bzw. Einwendungskumulierung (s. Doppelmangel)
- Verlagerung des Liquiditätsrisikos (s. Forderungsabtretung)
- Veranlassungsprinzip (s. Drittschuldnerzahlung)
- Rechtsgedanke des § 822 BGB: geringerer Schutz des unentgeltlichen Erwerbers

****

7. Condictio ob rem, § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB, causa data causa non secuta

a) Fall: Ärger auf dem Amt

776 K verkauft und übereignet der Stadt Leipzig die ihm gehörenden Grundstücke *Gohlis Flurstück 122* sowie *Gohlis Flurstück 123*.

Die Beteiligten gehen als selbstverständlich davon aus, dass auf dem Grundstück *Flurstück 122* eine öffentliche Grünfläche entstehen soll. Eine solche ist im Bebauungsplan *Gohlis B2* auf dem Grundstück ausgewiesen.

Das andere Grundstück *(Flurstück 123)* veräußerte K, nachdem ihm seitens der Stadt Leipzig Hoffnung gemacht wurde, auf einem anderen städtischen Gelände *(Gohlis Flurstück 68)* werde ein Parkplatz errichtet.

Der Hintergrund: K ist Präsident des Fußballclubs FC Gohlis, der nach dem Aufstieg ein neues Stadion gebaut hat, nur Parkplätze neben der Arena *(Grundstück Flurstück Gohlis 68)* fehlen noch. K kann die Stadtverordnetenversammlung für das Parkplatzvorhaben nicht gewinnen. Man möchte auf dem Grundstück eine städtische Sporthalle errichten. Oberbürgermeister Prof. Dr. G meint zu K, die Lage sei womöglich anders, wenn die Stadt für den Sporthallenbau ein anderes Grundstück zur Verfügung hätte.

Bald nach Eintragung im Grundbuch als Eigentümer der beiden Grundstücke in Gohlis wird der Bebauungsplan *Gohlis B2* geändert. Um die leeren Kassen ein wenig aufzufüllen, erfolgt eine Hochzonung zu einem Gewerbegebiet. Das Grundstück *Flurstück 122* soll an einen Investor teuer weiterverkauft werden.

Auf dem Grundstück *Flurstück 123* beginnt kurze Zeit später der Bau einer städtischen Sporthalle. Nachdem die Feuerwehrfraktion in der Stadtverordnetenversammlung aktiv geworden ist, scheitert jedoch die Anlage des Parkplatzes auf dem städtischen Grundstück *Gohlis Flurstück 68*. Stattdessen beschließt man den Bau einer neuen Halle für die Fahrzeuge der freiwilligen Feuerwehr Gohlis. Umgehend wird der Grundstein gelegt, im Beisein von Prof. Dr. G und dem sichtlich missmutigen K, der in seiner offiziellen Funktion als Baustadtrat anwesend sein muss.

K kann seine Verärgerung nun nicht mehr unterdrücken und verlangt nun von der Stadt Leipzig Rückübereignung und Besitzeinräumung in Bezug auf die beiden Grundstücke *Gohlis Flurstück 122* und *Flurstück 123*. Zu Recht?

Variante: K wusste von Anfang an, dass die Einrichtung eines Parkplatzes auf dem Gelände *Gohlis Flurstück 68* scheitern würde.

Vgl. RGZ 132, 238; *Medicus/Petersen* BR Rn. 691 ff.; *Gursky* 8. Problem

Lösungshinweise:

777 Fälle der *condictio ob rem, § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB:* Leistung zu einem **Zweck**, der über die Tilgung einer Verbindlichkeit (Erfüllung) hinausgeht.

778 Bzgl. Flurstück 122 gilt: die Parteien „gehen als selbstverständlich davon aus", dass eine öffentliche Grünfläche entstehen soll. Weiterer Zweck der Übereignung des Grundstücks durch K an die Stadt daher: Verwendung des Grundstücks durch die Stadt Leipzig als Grünfläche, wie im B-Plan vorgesehen (wichtig: nicht Bestandteil des Kaufvertrages, sonst Formmangel, § 311b Abs. 1 S. 1 BGB - aber: hier wohl jedenfalls Heilung, § 311b Abs. 1 S. 2 BGB!), Anspruch diesbzgl. also: (+)

779 Bzgl. Flurstück 123 gilt: dem K wurde nicht zugesagt (wie wäre eine solche Zusage zu würdigen gewesen?), dass der gewünschte Parkplatz entstehen wird. Dies wäre auch wegen des nicht präjudizierbaren politischen Entscheidungsprozesses (Stadtverordnetenversammlung) rechtlich unmöglich gewesen.

780 Hier gilt aber: bloße Hoffnung („Expektanz") des K, der Parkplatz werde bebaut. Auch zu diesem Zweck erfolgte die Leistung des K, die Übereignung dieses Grundstücks. Dieser Zweck wurde verfehlt. Anspruch diesbzgl. daher auch: (+)

781 **Weiteres Beispiel:** BGH NJW 2004, 512 (Urteil vom 10.11.2003 – II ZR 250/01): Finanziert ein Steuerberater einen bei ihm beschäftigten Mitarbeiter eine Ausbildung zum Steuerberater ausschließlich im Hinblick darauf, dass dieser sich nach Erlangen der nötigen Qualifikation mit ihm in der Sozietät verbindet, so kann der Steuerberater gegen den Mitarbeiter einen Anspruch auf Erstattung der Ausbildungskosten nach § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB haben, wenn der Mitarbeiter nach Abschluss der Ausbildung eine eigene Steuerberaterpraxis eröffnet.

Zu den bereicherungsrechtlichen Drittbeziehungen besteht eine empfehlenswerte Aufsatzreihe von *Lorenz*, **JuS 2003, 729 und 839** mit kleiner Übersicht auf S. 845 zu den Standardkonstellationen.

****

b) Fall: Geschenk an das glückliche Ehepaar

782 B und T heiraten. Kurz nach der Hochzeit wollen sie sich ihren Traum vom Haus im Grünen verwirklichen. In Anbetracht seines fortgeschrittenen Alters entschließt sich V, der Vater der T, den beiden das Eigenheim der Familie der T zu schenken. Ein entsprechender Schenkungsvertrag wird notariell beurkundet und V überträgt an B und T das Miteigentum an dem Hausgrundstück je zur Hälfte. Als die Ehe von B und T kurze Zeit später rechtskräftig geschieden wird, verlangt V von B Rückübertragung des Miteigentumsbruchteils.

Fall nach OLG Köln NJW 1994, 1540; OLG Oldenburg NJW 1994, 1539 = JuS 1994, 708 *(K. Schmidt)*; zu Fällen dieser Art s.a. *Medicus/Petersen* BR Rn. 690a f. m.w.N.; vgl. ferner BGHZ 77, 55 = NJW 1980, 1520 = JuS 1980, 679 *(Hohloch)*; BGHZ 84, 388 = NJW 1982, 2863 = JuS 1983, 145 *(K. Schmidt)*; BGHZ 111, 125 = NJW 1990, 1789; BGHZ 115, 132 = NJW 1991, 2553 = JuS 1991, 961 *(Hohloch)*; BGHZ 115, 261 = NJW 1992, 427 = JuS 1992, 347 *(Hohloch)* ; BGHZ 116, 167 = NJW 1992, 564 = JuS 1992, 611 *(Hohloch)*; BGHZ 127, 48 = NJW 1994, 2545 = JuS 1995, 76 *(Hohloch)* = JA 1995, 95 *(v. Heintschel-Heinegg);* s. aktuell zu einem ähnlichen Fall *Lipp*, JuS 1999, 847 (zu OLG Schleswig, SchlHA 1998, 23 = MDR 1998, 1033).

Die Zuwendungen von Schwiegereltern stellen mittlerweile einen Klassiker in der Fallbearbeitung dar. Eine zu empfehlende Übersicht, mit den letzten Änderungen der Rechtsprechung: *Zimmermann*, FamFR 2010, 268.

Können die Eltern wegen der Scheidung das Miteigentum zurückverlangen?

Zur „Condictio ob rem“ siehe auch Teil I, S. 6.

Lösungshinweise

(1) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt BGB

Leistung (+) **783**

Rechtsgrund = Schenkung, weggefallen durch wirksamen Widerruf?

§ 530 BGB? Schwere **Verfehlung** gegen Schenker oder nahen Angehörigen. Tadelnswerte, auf Undankbarkeit deutende Gesinnung. Moralisch vorwerfbar.

Hier im SV **kein Anhaltspunkt**. Scheidungsbegehren alleine kann nicht ausreichen (vgl. Anm. *K. Schmidt* in JuS 1994, 708).

Also kein Wegfall des Rechtsgrundes, keine Leistungskondiktion.

Sonstige Möglichkeiten der Rückforderung:

(2) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt BGB

Neben Rechtsgrundlosigkeit auch **Nichteintritt der mit der Leistung bezweckten Erfolges**. Insbesondere bei Verfehlung des Schenkungszwecks. Condictio ob rem, causa data non secuta (Besondere Leistungskondiktion). **784**

Abgrenzung zur Allgemeinen Leistungskondiktion: Mehr als Erfüllung bestehender Verbindlichkeit, auch mehr als bloße Erwartung der Gegenleistung (dann Leistungsstörung).

Erfolg muss **Inhalt** des Rechtsgeschäfts geworden sein (keine Gegenleistung, dann §§ 320 ff. BGB **und keine Erfüllung einer Verbindlichkeit,** dann normale Leistungskondiktion). Vgl. *Medicus/Petersen* BR Rn. 691 ff. Beispiel Leistungen in **Erwartung der Erbeinsetzung**.

Einschlägig ist diese Alternative vor allem, wenn es nicht oder jedenfalls nicht unter den gegebenen Umständen möglich ist, wirksam eine Gegenleistung zu vereinbaren. Bsp. Erbeinsetzung (ohne notariellen Erbvertrag) oder Leistung in der Erwartung, es werde keine Strafanzeige erstattet. **785**

Ferner: über den Empfang der wirksam vereinbarten Gegenleistung hinausgehender Erfolg (z.B. Erwartung auf übereignetem Grundstück werde Altersheim errichtet oder Denkmal). Rspr. neigt in diesen Fällen allerdings dazu, eher Wegfall der Geschäftsgrundlage anzunehmen (beachte BGH NJW 2010, 2202). **786**

Im vorliegenden Fall als **Erwartung** denkbar: Verbesserung der ehelichen Situation durch Unterbringung (auch Enkelwunsch). Ist aber wenig überzeugend.

So aber OLG Köln, NJW 1994, 1540 1539 = JuS 1994, 708 (*K. Schmidt*). Lesen!

Gegenansicht: Weniger Zweck als vorausgesetzte Erwartung: **787**

Deshalb: **Wegfall der Geschäftsgrundlage**, § 313 BGB als Ausnahme vom Grundsatz „pacta sunt servanda“ gestützt auf § 242 BGB).

→ **Geschäftsgrundlage** = Umstand, den mindestens eine Partei beim Vertragsschluss vorausgesetzt hat, der für diese Partei auch so wichtig war, dass sie den Vertrag nicht oder anders abgeschlossen hätte, wenn sie die Richtigkeit ihrer Voraussetzung als fraglich erkannt hätte und auf dessen Berücksichtigung die andere Partei sich redlicherweise hätte einlassen müssen.

Unterscheidung in **kleine** und **große** Geschäftsgrundlage. **788**

Große: Sozialkatastrophen, Krieg, Inflation. RG- Inflation in der 20er Jahren.

Kleine: Voraussetzung im individuellen Umfeld der Parteien.

Ferner: **Kein Risiko** auf einer Seite (ganz krass bei Bürgschaft, aber auch sonst Verwendungsrisiko z.B. bei Hochzeitskleid, Urlaub).

Schließlich Merkmal: „sich redlicherweise einlassen müssen“. Z.B. nicht der Vorbehalt eigener Reisefähigkeit beim Vertrag mit einem Reisebüro, das selbst Verpflichtungen eingeht.

Rechtsfolge: Anpassung oder Aufhebung, § 313 Abs. 1 und 3 BGB. **780**

OLG Koblenz NJW 2001, 2480 (Urteil vom 20.2.2001): Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, wenn die Eltern eines Partners in **nichtehelicher Lebensgemeinschaft** in erheblichem Maße zu dem Hausbau auf dem Grundstück des Partners beitragen und die Lebensgemeinschaft so dann scheitert.

Achtung: Hinsichtlich geleisteter Geldgeschenke beachte das neuere Urteil: BGH NJW 2010, 2202. Ausführlich dazu schon oben S. 6f.

Vgl. *Medicus/Petersen* BR Rn. 152 ff. (Nacharbeiten!).

Wichtig hier: Nach h.M. hat Wegfall der GG **Vorrang vor condictio ob rem** (causa data non secuta). Passt hier ohnehin besser (kein **Zweck**, sondern **Voraussetzung**); so OLG Oldenburg NJW 1994, 1539 = JuS 1994, 708 (*K. Schmidt*). Dazu neu OLG Düsseldorf in NJW-Spezial 2005, 59: Es stellt sich allerdings die Frage, was von der Anspruchsgrundlage condictio ob rem übrigbleibt.

Dazu ausführlich *Klingelhöffer*, NJW 1993, 1097 ff.; Ferner *Woltermann*, JuS 1993, 276

Vgl. Teil I § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB S. 6.

****

III. Nichtleistungskondiktionen

1. Prüfungsübersicht: Speziellere Eingriffskondiktion:

1. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB:
   a) Verfügung des Anspruchsgegners
   b) Nichtberechtigung des Anspruchsgegners
   c) Wirksamkeit der Verfügung ggü. dem Anspruchsteller
2. § 816 Abs. 2 BGB:
   a) Leistung an den Anspruchsgegner
   b) Nichtberechtigung des Anspruchsgegners
   c) Wirksamkeit der Leistung ggü. dem Anspruchsteller

****

2. § 816 BGB

Zur Nichtleistungskondiktion nach § 816 BGB siehe auch Teil I, S. 17.

Fall: Krumme Geschäfte

789 A ist bei der Hardware GmbH in der Produktion beschäftigt. Wie alle Arbeitnehmer hat er die Möglichkeit, Computer auf Mietkaufbasis günstig zu nutzen und ggf. schließlich zu erwerben. A verschafft sich auf dieser Grundlage einen teuren Laptop, für den er zwei Monatsmieten bezahlt. Dann täuscht er einen Einbruch vor und meldet den Laptop als gestohlen. Der Schaden wird von seiner Versicherung reguliert und er übernimmt ein neues Gerät.

Den ersten Laptop veräußert er an den kleineren PC-Händler D, zusammen mit wertvollen Bauteilen, die er regelmäßig an seiner Arbeitsstelle „mitgehen lässt". D geht davon aus, dass A den Laptop und die Teile an seiner Arbeitsstelle zwar günstig, aber ordnungsgemäß erworben hat. D verkauft den Laptop in seinem Laden an K^1 und die anderen Teile an K^2 - K^n. Als sich A scheiden lassen will und seine Gattin an den „Nebeneinkünften" partizipieren möchte, fliegt die Sache auf. Die Hardware GmbH verlangt von D die für den Laptop und die Teile erzielten Kaufpreise.

Mit Recht?

Lösungshinweise:

a) Anspruch auf den Kaufpreis für Laptop

(1) Anspruchsgrundlage § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

(a) Anspruchsvoraussetzungen:

790 Verfügung = Übereignung D an $K^{1.}$

791 D Nichtberechtigter i.S.v. § 816 Abs. 1 BGB?

- Übereignung A an D nicht wirksam nach § 929 BGB (keine Einigung mit dem Berechtigten).
- Wirksam nach § 932 BGB?

  Voraussetzungen des § 932 BGB liegen vor, insbesondere Gutgläubigkeit von D.

  Ausschluss gemäß § 935 BGB?

  Abhandenkommen = Unfreiwilliger Verlust des unmittelbaren Besitzes.

  Hardware GmbH hat ihren Besitz (= Sachherrschaft ihres Geschäftsführers, der als Besitzdiener zu beurteilen ist) nicht unfreiwillig verloren. Sie hat (vertreten durch den Geschäftsführer) den Laptop auf Mietbasis überlassen, d.h. den Besitz willentlich auf A übertragen.

- Das bedeutet aber, dass D gutgläubig das Eigentum am Laptop nach §§ 929, 932 Abs. 1 BGB erworben hat. Danach ist D aber Berechtigter.

(2) Ergebnis

792 Der Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen D ist hinsichtlich des Laptops nicht gegeben.

793 Die GmbH muss sich vielmehr an A halten: Die Geltendmachung eines Anspruchs nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen A wäre erfolgreich: A verfügte bei der Übereignung an D als Nichtberechtigter. Diese Verfügung wirkte nach §§ 929, 932 Abs. 2 BGB auch gegenüber der GmbH. A müsste der GmbH den erzielten Kaufpreis für den Laptop herausgeben.

b) Kaufpreis für die Chips

(1) Anspruchsgrundlage § 816 Abs. 1 S. 1 BGB?

794 Prüfung wie oben, allerdings: Abhandenkommen ist anders zu beurteilen. Hinsichtlich der Bauteile war A Besitzdiener und die GmbH ist Besitzerin geblieben (§ 855 BGB). Als A die Bauteile mitgenommen hat, ist unfreiwilliger Besitzverlust eingetreten.

Also **keine wirksame Übereignung** (=Verfügung) an D mangels gutgläubigem Erwerb wegen § 935 BGB. Demnach verfügte **D** hinsichtlich der Bauteile tatsächlich **als Nichtberechtigter**.

Allerdings konnte D **nicht** wirksam das Eigentum an seine Käufer übertragen: Einmal abhandengekommene Sachen schließen auch für die Zukunft jeglichen Gutglaubenserwerb aus.

Ergebnis. Auch hier scheitert ein Anspruch der GmbH gegen D aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

(2) Anspruchsgrundlage: § 985, i.V.m. §§ 280, 283 bzw. 285 BGB

Ursprünglich Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB (GmbH=Eigentümer und D=Besitzer). D kann aber den Besitz nicht mehr herausgeben, weil er die Chips verkauft hat. Jetzt ist D nicht mehr Besitzer, § 985 BGB damit nicht mehr gegeben. **795**

Herausgabe ist unmöglich, so dass §§ 280, 283 BGB anwendbar sein könnte. B will aber keinen Schadenersatz, weder nach dieser Vorschrift noch nach anderen.

§ 285 BGB gewährt im sonstigen Schuldrecht einen Anspruch auf den erlangten **Ersatz** (sog. stellvertretendes commodum), wie z.B. Versicherungsforderungen, aber auch Erlös aus Verkauf (commodum ex negatione; an sich kein unmittelbarer Zusammenhang: Erlös stammt aus Verkauf, während die Unmöglichkeit erst durch die Übereignung herbeigeführt ist; nach h.M. reicht aber mittelbarer, wirtschaftlicher Zusammenhang, BGHZ 46, 264). **796**

Danach würde das Ergebnis lauten: D muss Kaufpreis herausgeben. Allerdings: Hier geht es nicht um schuldrechtliche Ansprüche, sondern um eine „sachenrechtliche Anspruchsgrundlage".

Für und Wider die Anwendung des § 285 BGB in diesem Zusammenhang: **797**

Einwand:

Der Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB ist ein **dinglicher Anspruch**. Hieraus folgt zunächst als Besonderheit, dass er nicht ohne das Eigentum abtretbar ist. Eine Abtretung ist mithin allenfalls (str.) möglich zusammen mit dem Eigentum, so dass bei einer Übereignung nach § 931 BGB durchaus nur der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB abzutreten ist (vgl. dazu: *Baur/Stürner*, § 51 Rn. 36 f.) **798**

Deshalb RGZ 115, 31, 33: kein Schuldverhältnis, „nur dinglicher" Anspruch aus § 985 BGB. Deswegen sei § 285 BGB unanwendbar.

Dieser Standpunkt ist mittlerweile überholt. AT und Schuldrecht AT beziehen sich grds. auf alle Ansprüche, auch auf solche, die sich aus Eigentum oder Besitz ergeben. Beispiel: Verzugsregeln.

Allerdings gibt es **gesetzlich geregelte Ausnahmen** wie z.B. § 902 BGB. Danach unterliegen im **Grundbuch** eingetragene Rechte nicht der Verjährung. Auch sonst ist jeweils zu prüfen, ob Vorschriften ungeachtet der Besonderheiten dinglicher Ansprüche anwendbar sind.

Wie verhält es sich mit § 285 BGB? **799**

Es besteht eine andere Ausgangslage. Im Schuldrecht führt Unmöglichkeit dazu, dass der ursprüngliche Anspruch nicht mehr durchgesetzt werden kann, insbesondere **nicht gegen Dritte**.

Hier aber: Der (bestohlene) Eigentümer bleibt Eigentümer und er hat gegen **jeden Besitzer** den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB. **800**

Vorliegender Fall als Beispiel: Es bestehen Ansprüche gegen die Käufer, die nicht gutgläubig erworben haben. A war ursprünglich nur Besitzdiener, d.h. der V hat durch die Unterschlagung seinen unmittelbaren Besitz ohne seinen Willen verloren=Abhandenkommen i.S.d. § 935 BGB.

Ferner: D müsste den Kaufpreis herausgeben, obwohl er seinen Käufern haftet (§ 311a Abs. 2 BGB, wg. anfänglicher Unmöglichkeit auf Schadenersatz). Sie könnten zumindest zurücktreten (s. § 275 Abs. 4 i.V.m. § 326 Abs. 5 BGB), mit Rückgewähranspruch aus § 346 BGB gegen D.

Deshalb **h.M**.: § 285 BGB ist **nicht anwendbar;** vgl. *Gottwald*, PdW S. 82, Fall 90 des ungetreuen Angestellten (Besitzdiener), der Ware an Dritte verkauft, die weiterveräußern. **801**

Anders *Harder* JuS 1972, 397, ferner *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, § 21, Rn. 17 (mit anderen) für den Fall, dass keine Veräußerung, sondern sonstiger Wegfall (Unfall mit Zerstörung etc.). Dann greifen die o.a. Argumente nicht ein. Hier liegt allerdings eine Veräußerung vor, so dass diese abweichende Auffassung nicht zum tragen kommt.

Beachte auch: In einer jungen Entscheidung hat der BGH die Anwendung allgemeiner Verzugsnormen (insb. SE) im Rahmen des Zustimmungsanspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB für vertretbar erklärt, s. BGH **NJW 2016, 2104;** Anm. *K. Schmidt*, **JuS 2016, 844**. Der Anspruch nach § 888 Abs. 1 BGB steht dem EBV dabei dogmatisch sehr nah, s. zur analogen Anwendung beim Nutzungsersatz BGH NJW 2000, 2899. Mit entsprechender Begründung scheint damit auch § 285 BGB in der Anwendung vertretbar zu sein. Die Bewegung der Rspr. über die Anwendung der AT-Vorschriften ist mithin gut im Auge zu behalten. **802a**

Die §§ 989 ff. BGB sind insofern auch abschließend.

(3) Nochmals: Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, jetzt aufgrund Genehmigung

Verfügung eines Nichtberechtigten liegt vor, sie ist allerdings nicht wirksam (vgl. oben, wg. § 935 BGB). **803**

Lösung nach h.M. bei Veräußerung: Will die GmbH den **Kaufpreis**, kann sie die unwirksame Verfügung des D **genehmigen** (unter Verlust ihres Eigentums), ggf. konkludent.

Dann § 816 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 185 Abs. 2 BGB.

Problem: Bleibt Veräußerer bei Genehmigung Nichtberechtigter? Beachte Rückwirkung der Genehmigung gem. § 184 BGB, d.h. nachträglich gesehen hat der Veräußerer als Berechtigter gehandelt. Antwort: § 816 Abs. 1 S. 1 BGB meint im Falle der **804**

Wirksamkeit gem. § 185 Abs. 2 BGB den "eigentlich Nichtberechtigten". Vgl. auch die amtliche Überschrift zu § 185 BGB (Verfügung des **Nichtberechtigten**). Im Ergebnis ist dieses Problem allenfalls einer kleinen Randbemerkung wert.

805 Das Ergebnis erscheint **plausibel**: Der Eigentümer muss sich entscheiden, ob er die Sache weiterverfolgt und den jetzigen Besitzer in Anspruch nehmen will (dann § 985 BGB gegen jetzige Besitzer) oder den erzielten Erlös (§ 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen den Veräußerer) herausverlangt.

Beachte als weiteren Anwendungsfall des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB die Vorschrift des § 892 BGB für **Grundstücke**! § 932 BGB ist nicht anwendbar! Ferner **Erbschein** § 2366 BGB bei Erwerb aus Nachlass vom Scheinerben!

Beachte auch § 816 Abs. 2 BGB und die Verknüpfung mit § 407 BGB.

IV. Rechtsfolgen (Umfang des Bereicherungsanspruchs, Wegfall der Bereicherung, Haftung nach allgemeinen Vorschriften)

- *§ 818 Abs. 1 BGB*: Herausgabe des Erlangten durch den Anspruchsgegner einschließlich Nutzungen und Surrogaten
- oder: *§ 818 Abs. 2 BGB*: Wertersatz bei Unmöglichkeit der Herausgabe
- es sei denn: *§ 818 Abs. 3 BGB*: Wegfall der Bereicherung
- aber: §§ 818 Abs. 4, 819, 820 Abs. 1 BGB: bei Unredlichkeit o.ä.: Haftung gem. §§ 818 Abs. 4, 292, 989 und 285 BGB

Fall: Sonnenstudio

1991 erwarb K von V das gut am Markt eingeführte und stark frequentierte Sonnenstudio „Rehbräune“ zum Preis von 80.000 DM. Der Betrieb des Studios wurde 1992 eingestellt. Im Jahre 1993 ergab ein psychologisches Gutachten, dass K bereits seit 1985 infolge einer vergiftungsbedingten Gehirnerkrankung geschäftsunfähig nach § 104 Nr. 3 BGB a.F. war. Nach Bekanntwerden dieses Gutachtens wurde die Schwester S des K als Betreuerin (§ 1902 BGB) eingesetzt. S verlangt nun im Namen des K Rückzahlung des entrichteten Kaufpreises in Höhe von DM 80.000 (40.000 Euro) Zug um Zug gegen Rückgabe des verbliebenen Inventars im Wert von 10.000 DM (5.000 Euro). **806**

Fall nach BGHZ 126, 105 = NJW 1994, 2021 = ZIP 1994, 954 = JuS 1994, 888 *(K. Schmidt);* dazu *Medicus/Petersen* BR Rn. 225; s.a. *Gursky* 19. Problem; zu Beweislastfragen BGH JuS 1999, 918 (*K. Schmidt);* Zum Umfang des Bereicherungsanspruchs siehe, oben Teil I, S. 21ff.

Lösungsskizze:

1. Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Fall, § 1902 BGB

1. etwas erlangt: 80.000 DM **807**

2. durch Leistung: Zahlung zum Zwecke der Erfüllung (causa solvendi)

3. ohne Rechtsgrund mangels wirksamer WE des K (§ 105 Abs. 1 BGB) fehlt es an einem wirksamen Kaufvertrag als Rechtsgrund für die Zahlung (sine causa)

4. Problem: Kann K DM 80.000 (40.000 Euro) herausverlangen, obwohl er selbst nur das Inventar mit DM 10.000 (5.000 Euro) herausgeben kann? **808**

§ 818 Abs. 3 BGB scheint dies nahezulegen, wenn man die Bereicherungsansprüche isoliert betrachtet (so die ältere **Zweikondiktionentheorie**, die allein das Gesetz wiedergibt). **809**

Anders die **Saldotheorie,** die auch für die Rückabwicklung das Gegenseitigkeitsverhältnis **(Synallagma)** wahren will: **810**

Kernaussagen der Saldotheorie: **811**

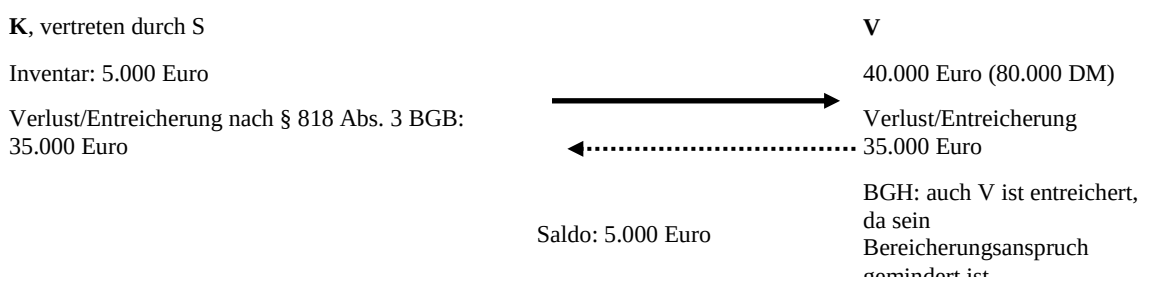
- Soweit sich **gleichartige Kondiktionsansprüche** gegenüberstehen, werden sie (miteinander **verrechnet**/saldiert (im Ergebnis unproblematisch): ist hier anders als bei Ansprüchen auf Geld aber nicht der Fall.
- Schwieriger und Kern der Saldotheorie: wenn jemand einen Bereicherungsanspruch geltend macht, der aus einem unwirksamen synallagmatischen Verhältnis stammt, so soll er sich die **Entreicherung anrechnen** lassen, die bezüglich der Gegenleistung eintrat, die er empfangen hat.

(zusätzliche Modifikation: bereits Entreicherung anzurechnen, selbst wenn noch keine Gegenleistung erfolgte; hier nicht von Bedeutung)

Grund liegt in der **Abhängigkeit der Leistungen** beim unwirksamen Grundgeschäft: Sie lässt es unbillig erscheinen, dass das aus der eigenen Sphäre stammende Entreicherungsrisiko bei der bereicherungsrech tlichen Rückabwicklung auf den anderen abgewälzt werden kann.

Vgl. BGHZ 53, 145

Anschauliche Darstellung anhand des vorliegenden Falls: **812**



Die Verfasser des BGB haben bei Schaffung der §§ 812 ff. BGB vornehmlich an den **einseitigen** Bereicherungsanspruch gedacht (vgl. *KoppensteinerI/Kramer* aaO S. 145; *H. Honsell*, NJW 1973, 350 und MDR 1970, 717; *Wieling*, JuS 1973, 397). Das ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien (Motive Bd. Il S. 829 ff.). Für den hier vorliegenden Fall eines fehlgeschlagenen, gegenseitigen Vertrags enthält das Gesetz keine ausdrücklichen Vorschriften. Die **Zweikondiktionentheorie** (*Oertmann*, DJZ

1915,1063 ff; *v. Tuhr*, DJZ 1916, 582 ff.) knüpft an den einseitigen Bereicherungsanspruch an und geht deshalb auch beim fehlgeschlagenen zweiseitigen Vertrag *von zwei selbständigen Bereicherungsansprüchen aus.* Bei der Geltendmachung seines Anspruchs aus § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB gegen V durch K bliebe danach unberücksichtigt, dass K selbst etwas ohne rechtlichen Grund von V erlangt hat (Sonnenstudio), das inzwischen erheblich an Wert verloren hat. V steht nach dieser Lehre nur ein **Zurückbehaltungsrecht** nach § 273 BGB zu. Die Konsequenz dieser Theorie ist ferner, dass der Leistungsempfänger K die eigene Leistung auch dann voll von V zurückverlangen kann, wenn die an ihn erbrachte Leistung des V untergegangen ist. Dabei ist es gleichgültig, ob dieser Untergang (oder eine Beschädigung) durch Zufall, durch grobe Nachlässigkeit oder gar durch Willkür des Empfängers K herbeigeführt wurde (Vgl. *Esser/Weyers*, SchuldR Abs. 2 § 51 Abs. 2 2.).

813 Die **Saldotheorie**, die sich gegenüber der Zweikondiktionentheorie durchgesetzt hat (BGHZ 57, 147; 53, 145; *Esser/Weyers*, SchuldR Il § 51 2; *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 6, Rn. 63 ff.; *Larenz*, SchuldR Abs. 2 § 70 III; Palandt/*Sprau* § 818 Rn. 48), betrachtet dagegen die beiderseitigen Leistungen entsprechend ihrem wirtschaftlichen Austauschzweck als einen einheitlichen Gesamtvorgang. Sie dürfen danach nicht als zwei voneinander unabhängige Leistungen angesehen werden, sondern ihr Austauschcharakter ist zu berücksichtigen. Beide Leistungen standen im synallagmatischen Verhältnis „*do ut des*". Deshalb wird auf den Gesamterfolg des Austauschverhältnisses abgestellt; d.h., beide Leistungen werden wertmäßig verglichen.

814 Hier trat spätestens durch die Einstellung des Gewerbebetriebs eine Entreicherung in Höhe des beim Unternehmenskauf bezahlten goodwill ein. Es bleibt nur noch der Wert des Inventars in Höhe von 5.000 Euro.

Es stünde dem K somit nach der Saldotheorie nur ein Anspruch i.H.v. 5.000 Euro zu.

815 **Aber:** die Saldotheorie soll allerdings (nach überwiegender Meinung) keine Anwendung zu Lasten von **nicht oder nur beschränkt Geschäftsfähigen** finden.

Grund: Vorrang des Schutzes der nicht voll Geschäftsfähigen

§§ 104 ff. BGB sollen die Betreffenden gerade vor ihrem eigenen Willen schützen; sie können nicht wirksam das Risiko für den Untergang übernehmen, was aber bei der Billigkeitsüberlegung der Saldotheorie der Fall wäre;

816 BGH: „...dass die synallagmatische Bindung, die der beabsichtigte Vertrag wegen .. § 105 BGB ... nicht zu erzeugen vermag, bei dessen Rückabwicklung einträte...";

817 M.a.W. über die Anwendung der Saldotheorie bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen Vertrages käme es zu einer Art „quasivertraglichen Bindung", die die §§ 104 ff. BGB aber gerade verhindern sollen.

Weiter Einschränkungen der Saldotheorie ergeben sich überwiegend aus ganz ähnlicher, schützender Gesetzeswertung, z.B. Täuschungen und Schenkkreise, s. Palandt/*Sprau* § 818 Rn. 49.

2. Einrede gem. § 273 Abs. 1 BGB wegen Gegenansprüche auf Herausgabe des Inventars

818 1. Fälliger Gegenanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB liegt vor

2. Konnexität

wirtschaftlicher Zusammenhang genügt

hier: hängt unmittelbar mit dem unwirksamen Kaufvertrag zusammen

819 Ergebnis: Anspruch auf Zahlung der 40.000 Euro Zug um Zug gegen Herausgabe des Inventars.

V. Skizzen

1. Übersicht zum Bereicherungsrecht

820

<table>
<tr><th>Leistungskondiktion:</th><th>Nichtleistungskondiktionen:</th></tr>
<tr><td>1) § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB: condictio indebiti

(Fehlen des rechtlichen Grundes von Anfang an)
Ausschluss: § 814 BGB</td><td rowspan="3">1) Eingriffskondiktion

• § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB (Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts - problemat.: welche Rechte beinhalten einen derartigen vermögensrechtl. Zuweisungsgehalt?)

• § 951 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB (wenn Tatbestand der §§ 946 ff. BGB erfüllt)

• § 816 Abs. 1 S. 1 BGB (Verfügung eines Nichtberechtigten)

• Abs. 2 (Leistung an einen Nichtberechtigten)</td></tr>
<tr><td>2) § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt BGB: Fall condictio ob causam

finitam (späterer Wegfall des rechtlichen Grundes)
Ausschluss: § 814 BGB</td></tr>
<tr><td>3) § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB: condictio ob rem

(Leistung ohne Verpflichtung; Leistung zu einem Erfolg jenseits der Erfüllung, str.)

Abgrenzung:

- Erfüllung einer Verbindlichkeit scheitert ⇒ Fall von oben 1;

- Enttäuschung einseitiger Erwartungen des Leistenden ⇒ irrelevant!

Ausschluss: § 815 BGB</td></tr>
<tr><td>4) § 817 S. 1 BGB: condictio ob turpem vel iniustam causam (Gesetzes- oder Sittenverstoß)

Beachte: neben § 812 BGB anwendbar
⇒ praktische Bedeutung des § 817 S. 1 BGB:

- einseitiger Sittenverstoß des Leistenden;
Fälle der §§ 814, 815 BGB</td><td>2) Rückgriffskondiktion

§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB (Bezahlung bestehender fremder Schuld; Rückgriff nicht anders geregelt)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Ausschluss: § 817 S. 2 BGB

- gilt auch für § 812 BGB;
str.: auch auf §§ 985, 894, 667 BGB anwendbar?

- problemat.: „Leistung“ bei sittenw. Darlehen; Vergütung bei sittenw. Darlehen zu zahlen?</td><td>3) Verwendungskondiktion

§ 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB (beachte: §§ 994 ff. BGB sind leges speciales)</td></tr>
<tr><td>4) Andere Nichtleistungskondiktion

§ 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB (in Dreiecksverhältnissen, vgl. Medicus/Petersen GW Rn. 392)</td></tr>
</table>

2. Zum Verhältnis: Leistungskondition / Nichtleistungskondiktionen

„Etwas erlangt“
(jeder Vorteil, insbes. jeder denkbare Leistungsgegenstand)

„in sonstiger Weise“
- grundsätzlich *nachrangig*; wenn Leistung vorliegt: (–)!

- *Ausnahmen*: gilt nicht für Ansprüche aus §§ 816 I 1, II; 816 I 2; 822! s.u.

1)Eingriffskondiktion:
- **spezielle: § 951**
- **allgemeine: § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2**

2)Weitere Nichtleistungs-kondiktionen

„durch Leistung“
=bewusste und zweckgerichtete (**rechtsgrundbezogene**) Vermehrung fremden Vermögens;
Beachte § 812 Abs. 2, auch Anerkenntnis

„auf dessen Kosten“

Allgemeine Leistungskondiktion § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1	**Besondere Leistungskondiktion § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2, § 817 Satz 1**	**1) Besondere Eingriffs-kondiktion: § 816 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 2) Sonstige Bereicher-ungsansprüche: § 816 Abs. 1 Satz 2, § 822**

„ohne rechtlichen Grund“

Leistungskondiktion:
im Regelfall zugrundeliegender Schuldvertrag; genauer: Forderung auf das Geleistete oder vereinbarter Empfangsgrund (zB § 516 Abs. 1)

Nichtleistungskondiktion:
kein rechtfertigender rechtlicher Grund

Rechtsfolge: § 818, d.h.
Herausgabe des Erlangten (Abs. 1) oder des Wertes (Abs. 2)
im Rahmen der (noch bestehenden) Vermögensvermehrung (Abs. 3)
Beachte § 819!

3. Prüfungsschema für bereicherungsrechtliche Ansprüche

a) Leistungskondiktion:

§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt., § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt., § 817 S. 1 BGB **821**

1. Etwas erlangt (auf Seiten des Anspruchsgegners)

2. durch Leistung (des Anspruchstellers) - s.a. § 812 Abs. 2 BGB

3. Unterscheidung nach der Kondiktion

- § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB: Ohne rechtlichen Grund
- § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB: Nichteintritt des bezweckten Erfolges
- § 817 S. 1 BGB: Gesetzes- oder Sittenverstoß des Leistenden

4. Kein Ausschluss: §§ 814 (nur bei condictio indebiti), 815 (nur bei condictio ob rem), 817 S. 2 BGB

b) Nichtleistungskondiktionen:

§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB **822**

1. Etwas erlangt (auf Seiten des Anspruchsgegners)

2. In sonstiger Weise

- Eingriffskondiktion: Eingriff (des Anspruchsgegners) in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts (bei § 951 Abs. 1 S. 1 BGB: Tatbestand der §§ 946 ff. BGB erfüllt)
- Rückgriffskondiktion: Zahlung einer bestehenden fremden Schuld (durch den Anspruchsteller), Rückgriff nicht anders geregelt
- Verwendungskondiktion: Vornahme einer Verwendung auf fremde Sachen (durch den Anspruchsteller)
- Andere Nichtleistungskondiktion: weder Leistungskondiktion noch Nichtleistungskondiktion i.S.v. oben a-c einschlägig

3. Auf Kosten des Anspruchstellers

4. Ohne rechtlichen Grund

c) Spezielle Eingriffskondiktionen: § 816 BGB

1. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB: **823**

   a) Verfügung des Anspruchsgegners
   b) Nichtberechtigung des Anspruchsgegners
   c) Wirksamkeit der Verfügung ggü. dem Anspruchsteller

2. § 816 Abs. 2 BGB:

   a) Leistung an den Anspruchsgegner
   b) Nichtberechtigung des Anspruchsgegners
   c) Wirksamkeit der Leistung ggü. dem Anspruchsteller

d) Rechtsfolgen:

- *§§ 812, 818 Abs. 1 BGB*: Herausgabe des Erlangten durch den Anspruchsgegner einschließlich Nutzungen und Surrogaten
- oder: *§ 818 Abs. 2 BGB*: Wertersatz bei Unmöglichkeit der Herausgabe
- es sei denn: *§ 818 Abs. 3 BGB*: Wegfall der Bereicherung
- aber: §§ 818 Abs. 4, 819, 820 Abs. 1 BGB: bei Unredlichkeit o.ä.: Haftung gem. §§ 818 Abs. 4, 292, 989 und 285 BGB

B. Besitz und Besitzschutz

I. Fall: Der vergessliche Student 124
1. Voraussetzungen der Übereignung nach § 929 BGB 125
Problem: Übergabe 125
2. Übergabe nach § 854 Abs. 2 BGB 125
3. Klassisches Beispiel: Holzstoß im Wald 125
a) Gedachte und geachtete Sachherrschaft 125
b) Übergabe als Fall des abgeleiteten/derivativen Besitzerwerbs 125
c) Vorübergehende Hinderung 125
d) Originärer Besitzerwerb als Gegensatz zum derivativen Besitzerwerb 125
e) Besitzverhältnisse an vergessenen Büchern in der Bibliothek 126
4. Eigentumsübertragung nach § 931 BGB 126
5. Ergebnis für den Fall: 126

II. Fall: Fahrraddiebstahl 127
1. Recht auf Selbsthilfe, § 859 BGB 127
2. Es bleibt damit nur das Selbsthilferecht nach § 229 BGB 127

III. Fall: Streit um das Auto 127

IV. Fall: Freche Parker 128

V. Fall: Streit in der Familie 128
1. Eigentum als Grundlage eines Anspruchs? 129
2. Schutz des Mitbesitzes (§ 866 BGB) 129
a) Voraussetzungen für den Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB 129
b) Verteidigung gegen den Anspruch aus § 861 BGB 129
c) Möglichkeit der Widerklage 129

VI. Fall: Streit unter Nachbarn 129
Lösungshinweise: 130
Anspruchsgrundlage § 1004 Abs. 1 BGB. 130

VII. Fall: Huckebeins umstrittenes Begräbnis 130
Zum Nacharbeiten: 130

VIII. Fälle zu §§ 1006 und 1007 BGB 130
1. Fall: Das Collier und der Fremdenlegionär 130
Lösung 131
a) Anspruch auf Herausgabe des Ringes 131
(1) Anspruch aus § 985 BGB 131
(a) § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB 131
(b) § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB 131
(c) § 1006 Abs. 2 BGB 131
(d) Eigentumserwerb durch K gem. § 929 BGB 132
(e) Gutgläubiger Erwerb (§ 932 BGB) 132
(f) Abschließend zur Eigentumslage 132
(2) Ergebnis: 132
b) Rechtslage hinsichtlich des Colliers 132
(1) § 1006 BGB 132
(2) Anspruch aus § 1007 BGB 132
(a) § 1007 Abs. 1 BGB 132
(b) § 1007 Abs. 2 BGB 132
(3) Ergebnis: 133
2. Fall: Das Rindviehrennen 133
Lösung 134
a) Ansprüche aus Besitz 134
b) Ansprüche aus Geschäftsanmaßung, § 687 Abs. 2 BGB 135
c) Ansprüche aus unerlaubter Handlung 135
d) Anspruch aus Bereicherungsrecht, § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB 136

II. Übersichten zum Besitz 136
1. Funktionen des Besitzes 136
a) Offenkundigkeit, Erhaltungsfunktion, Schutzfunktion 136
b) Besitzschutz 136
2. Besitzarten 137
3. Prüfungsschema zu § 1007 BGB 138
a) Voraussetzungen für den Anspruch 138
(1) Früherer Besitz des Anspruchstellers 138
(2) Entweder 138
b) Ausschluss des Anspruchs (Beweislast !) 138
(1) Gründe nach § 1007 Abs. 3 BGB: 138
(2) Gründe nach § 1007 Abs. 2 BGB: 138

III. Zur Nacharbeit: 138

I. Fall: Der vergessliche Student

824 Der Student S hat **gestern** seinen Schönfelder in der juristischen Bibliothek liegengelassen. Da er wegen der schlechten Qualität der sachenrechtlichen Vorlesung sein Studium aufgeben will, hat er den Schönfelder **vor einigen Tagen** seinem Kommilitonen K verkauft. **Heute** soll die Übereignung stattfinden, und zwar bei dem gemeinsamen Frühstück bei K, zu dem sie sich abredegemäß getroffen haben.

Wie lässt sich eine Übereignung vornehmen, nachdem S dem K sein Missgeschick gestanden hat?

S sieht kein Problem und erinnert daran, dass er neulich einen Gebrauchtwagen gekauft und hieran im Wohnzimmer des Veräußerers gegen Zahlung Eigentum erworben habe, während das Fahrzeug einige Ecken weiter auf der Straße stand.

Es ist davon auszugehen, dass fremde Bücher vom Bibliothekspersonal abends eingesammelt und gesondert abgelegt werden.

Zum Besitz allgemein und dessen Erwerb siehe auch Teil I, S. 29ff.

1. Voraussetzungen der Übereignung nach § 929 BGB

K weiß aus der Sachenrechtsvorlesung, dass eine Übereignung nach § 929 BGB durch **Einigung** und **Übergabe** stattfindet (s.o.). Eine Einigung (dinglicher Vertrag) lässt sich ohne weiteres vornehmen. **825**

Problem: Übergabe

Fraglich ist allerdings die Übergabe (abgeleiteter Besitzerwerb). Die Übergabe setzt den **Abgabewillen des bisherigen Besitzers** und den **Erwerbswillen** des neuen Besitzers voraus (**tatsächlich** zu verstehen, d.h. keine WE mit entsprechenden Anforderungen an Geschäftsfähigkeit etc.). Ferner muss der bisherige Besitzer seinen Besitz **aufgeben (§ 856 Abs. 1, 1. Alt. BGB: willentlich**), und der Erwerber muss die **tatsächliche Sachherrschaft** erlangen (§ 854 BGB). **826**

Das ist hier im Sinne des schlichten „Ergreifens“ nicht denkbar, da der Schönfelder sich in der Bibliothek befindet. **827**

2. Übergabe nach § 854 Abs. 2 BGB

K sieht aber eine Möglichkeit für eine Übergabe: Nach § 854 Abs. 2 BGB genügt nämlich die **Einigung** (WE gem. §§ 104 ff. BGB) des bisherigen Besitzers und des Erwerbers für den Besitzerwerb, wenn der Erwerber (nur) **in der Lage** ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. **828**

Beachte: Für den Besitz ist ein **enges räumliches Verhältnis nicht** unbedingt erforderlich! Wichtiger ist die Verkehrsauffassung (dazu sogleich). **829**

Die in § 854 Abs. 2 BGB genannte Einigung ist ebenso leicht zu vollziehen wie die Einigung über den Eigentumsübergang (in beiden Fällen Vertrag, d.h. es gelten die §§ 104 ff. BGB) Fraglich ist aber, ob K als Erwerber **in der Lage** ist, die tatsächliche "Gewalt" über die Sache auszuüben. Was verbirgt sich dahinter? **830**

3. Klassisches Beispiel: Holzstoß im Wald

a) Gedachte und geachtete Sachherrschaft

Der Holzstoß ist **nicht besitzlos**, "Sachherrschaft bleibt bestehen", solange das Holz unberührt im Wald liegt und jedermann sagt: "Das ist das Holz des Waldeigentümers oder desjenigen, der es gewonnen und dort gelagert hat", wer auch immer dies sei. Merke: Die **Verkehrsanschauung** ist hier sehr wichtig!

Merkformel: „Gedachte und geachtete Sachherrschaft“. Auch Begriff: „Vergeistigter Besitz“

Ebenfalls: Pflug auf dem Feld. Wird allgemein dem Bauern zugeordnet. Geparktes Auto (Überlegung des S). Diebstahl beseitigt zwar diesen "vergeistigten Besitz". Aber ansonsten Übereignung im Wohnzimmer des Verkäufers durch Schlüsselübergabe und Übergabe der Papiere möglich. **831**

Dieser "wer auch immer dies sei" kann sich ändern, ohne dass man dies an den tatsächlichen Verhältnissen erkennen kann (durch "rechtsgeschäftliche Vereinbarung"). Holzstoß im **"vergeistigten Besitz**" kann also nach § 854 Abs. 2 BGB übereignet werden (durch Einigung und "rechtsgeschäftliche Vereinbarung" über Besitzübergang). Übertragung gelingt, wenn Erwerber nur "in der Lage ist", die Gewalt auszuüben (auch "vergeistigter Besitz"). **Ratio**: Die Rechtsordnung verlangt nicht als sinnloses Ritual, dass beide Teile sich im Wald treffen und von Stapel zu Stapel wandern, um das Holz von Hand zu Hand weiterzureichen. **832**

b) Übergabe als Fall des abgeleiteten/derivativen Besitzerwerbs

Ausreichend ist vielmehr: Der bisherige Besitzer gibt den Besitz nach außen auf (Mitteilung an Käufer, der nun mit dem Stoß nach seinen Vorstellungen verfahren kann). Der Käufer erlangt die erforderliche tatsächliche Sachherrschaft und er hat den Besitzbegründungswillen (Fall des **abgeleiteten** oder derivativen Besitzerwerbs). **833**

Parallele zum vorliegenden Fall: Besitzübertragung an dem Schönfelder, der sich in der Bibliothek befindet? **834**

c) Vorübergehende Hinderung

Ist die Bibliothek überhaupt (schon) geöffnet? Bei Holz im Wald: Auch längere Anfahrt erforderlich. Nachts schwer zugänglich. Insofern gilt § 856 Abs. 2 BGB: **vorübergehende** Hinderung schadet nicht. Beispiel: Auto im Parkhaus, das nachts geschlossen wird. **835**

d) Originärer Besitzerwerb als Gegensatz zum derivativen Besitzerwerb

Ein Besitzübergang gem. § 854 Abs. 2 BGB ist aber nicht möglich, wenn ein **Dritter** Besitz an der Sache erlangt hat und S ihn **verloren** hat (zum Verlust § 856 BGB). **836**

Dies ist grundsätzlich möglich, da es nicht nur den **abgeleiteten (derivativen)** Besitzerwerb gibt, sondern auch einen **originären** Besitzerwerb.

Beispiel: Verkauftes Auto ist bei Geschäften im Wohnzimmer mit Schlüsselübergabe etc. schon **gestohlen** und auf einer hierfür beliebten Strecke in ferne Länder unterwegs.

Ein Diebstahl des Schönfelders steht hier nicht zur Debatte. **837**

Es gibt neben dem Diebstahl allerdings auch **sonstige Fälle** des originären Besitzerwerbs.

838 Insbesondere geht es dabei um Fälle, in denen Sachen zunächst **unbemerkt** in den Herrschaftsbereich eines anderen gelangen (im Kino oder im Theater vergessene Gegenstände etc.). Es ist streitig, ob hierbei ein **Besitzbegründungswillen** des neuen Besitzers erforderlich ist oder ob die **Einfügung in den Organisationsbereich** genügt. Eine große praktische Bedeutung hat dieser Streit nicht, da auf jeden Fall ein **allgemeiner Besitzbegründungswille** genügt (BGHZ 101, 187 f.), den man bei Einrichtungen, die zeitweise Publikumsverkehr haben, ohne weiteres voraussetzen kann.

839 Beispiel: Einwurf in Briefkasten. Der Besitz ist schon begründet, bevor der Empfänger davon Kenntnis hat. Nicht zu verwechseln mit **Zugang,** bei dem es auf die übliche Leerungszeit ankommt (Vorlesung BGB I).

e) Besitzverhältnisse an vergessenen Büchern in der Bibliothek

840 Wie verhält es sich bei der Universitätsbibliothek?

Während der Öffnungszeiten behält der Benutzer den Besitz an Büchern, die er an seinem Arbeitsplatz aufbewahrt. Der Besitz besteht weiter, auch wenn er **vorübergehend** die UB verlässt (§ 856 Abs. 2 BGB) oder sogar zur Mittagpause (z.B. 1/2 Stunde) keinen Zugang hat. Mit der Schließung um 23 Uhr verändert sich aber die besitzrechtliche Lage. Mit der Ausnahme besonders zugelassener und gekennzeichneter „Handapparate“ wird man davon ausgehen können, dass "die UB" nachts Besitz an allen herumliegenden Sachen erlangt, insbesondere wenn - wie hier im SV angegeben - eingesammelt und verwahrt wird. Unter diesen Umständen **verliert** der bisherige unmittelbare Besitzer **den Besitz**, wenn er sein Buch in der UB vergessen hat. Dies geschieht zwar nicht durch Aufgabe des Besitzes, denn die Aufgabe umschreibt den **willentlichen** Besitzverlust, der nach außen erkennbar wird. Es liegt aber ein **Besitzverlust in anderer Weise** vor (vgl. § 856 Abs. 1 a.E. BGB).

841 Probe anhand der **Verkehrsanschauung**, deren Bedeutung oben hervorgehoben wurde:

Als Kontrollüberlegung kann dienen, wie der frühere Besitzer, der von draußen die Vorgänge in der UB betrachtet, seine eigene Position einschätzt. Wenn das Personal ein von ihm liegengelassenes Buch **wegräumt** und (falls es nicht zur UB gehört) **separat** verwahrt, wird er dies "in Ordnung" finden. Dies spricht für einen Besitzverlust schon mit Schließung der Bibliothek. Falls er aber zulässigerweise seine Bücher stehen gelassen und vorschriftsmäßig markiert hat, kann er ein Wegräumen mit Recht als Eingriff in seinen weiterbestehenden Besitz (vgl. § 856 Abs. 2 BGB) empfinden.

842 Da die "UB" (durch ihre Mitarbeiter gem. § 855 BGB) mit Schließung und jedenfalls durch nachfolgendes Wegräumen **unmittelbaren Besitz** an dem liegengelassenen Buch erworben hat, kommt eine Übertragung des Besitzes nach § 854 Abs. 2 BGB nicht in Betracht. Der Erwerber ist wegen des **Besitzes eines Dritten** nicht in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben.

843 Wenn eine Übereignung nach § 929 BGB ausscheidet (keine Übergabe möglich) stellt sich die Frage nach anderen Gestaltungsmöglichkeiten.

4. Eigentumsübertragung nach § 931 BGB

844 Eigentumsübertragung ohne Änderung in der tatsächlichen Sachherrschaft (§ 931 BGB)

In Betracht kommt eine **Eigentumsübertragung nach § 931 BGB**. Danach kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigentümer dem Erwerber den **Anspruch** auf Herausgabe des Eigentums **abtritt**.

845 Welchen Anspruch hat S auf Herausgabe seines Eigentums?

Anspruch aus **Verwahrung (§ 695 BGB).** Ein Verwahrungsvertrag ist nicht geschlossen. Als Grundlage könnte aber die Bibliotheksordnung hinsichtlich liegengelassener Gegenstände denkbar sein. Frage des öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnisses, die hier außer Betracht bleiben soll.

846 S hat jedenfalls einen **Herausgabeanspruch** nach § 985 BGB. Die Abtretung dieses Anspruchs **genügt** im Rahmen des § 931 BGB (*Wieling* § 9 VI 3) oder es soll sogar alleine die Einigung ausreichen (Jauernig*/Berger* § 932 Rn. 10; *Westermann/Gursky/Eickmann* § 40, Rn. 5ff.; *Medicus/Petersen* BR Rn. 445; Palandt/*Herrler* § 931 Rn. 3). Hierbei kommt es nicht darauf an, dass nach h.M. der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB **nicht separat** abtretbar ist (kein Auseinanderfallen von Eigentum und des Anspruchs aus § 985 BGB). Hier soll ja mit der Abtretung gerade **auch** das Eigentum übergehen.

847 Es ist also festzuhalten, dass der **Eigentumsübergang** in diesem **Falle durch bloße Einigung** (Übertragung des Eigentums und Abtretung = Vertrag nach § 398 BGB als Übergabesurrogat) stattfinden kann.

5. Ergebnis für den Fall:

848 S und K können also die für heute verabredete Übereignung beim Kaffeetrinken vornehmen, zwar nicht nach § 929 BGB i.V.m. § 854 Abs. 2 BGB, aber nach § 931 BGB.

849 Anzumerken bleibt, dass hier ein Eigentumsübergang vollzogen wird, **ohne** dass eine **Besitzübertragung** ersichtlich ist (Publizitätsprinzip). Es gilt also **keineswegs** in aller Strenge: Keine Änderung der dinglichen Rechtslage ohne Publizität!

> Die Rolle, die die Publizität z.B. im Hinblick auf den gutgläubigen Erwerb spielt, wird noch zu behandeln sein.
>
> Interessanter Fall zur Übereignung nach § 931 BGB: BGH WM 1998, 2294 = NJW-RR 1998, 1661.
>
> **Kontrollfrage**: Wie kann ein durch Diebstahl geschädigter Fahrzeugeigentümer das Eigentum auf den Kaskoversicherer übertragen, der die Versicherungsleistung erbracht hat, aber jetzt das Eigentum am gestohlenen Fahrzeug erwerben will?
>
> **Dazu OLG Düsseldorf vom 26.8.1998 11 U 17/98 NVersZ 1999, 39**: Er muss sich einigen und den Herausgabeanspruch gegen den Dieb aus § 985 BGB abtreten. Eine solche Abtretung wird konkludent erklärt, wenn der Eigentümer an den Kaskoversicherer die Fahrzeugpapiere oder den Fahrzeugschlüssel übergibt.

850 Weiter zur Besitzübertragung im Zusammenhang mit der Übereignung.

****

II. Fall: Fahrraddiebstahl

Zu seinem großen Ärger hat man dem Studenten F sein neues Fahrrad gestohlen. Als Fußgänger wider Willen steht er einige Tage nach der Entwendung an der roten Fußgängerampel, als neben ihm ein Fahrradfahrer hält. F erkennt das Fahrrad zweifelsfrei als seines. **851**

Darf F das Fahrrad an sich nehmen?

Zur Selbsthilfe des Besitzers siehe auch Teil I, S. 33.

1. Recht auf Selbsthilfe, § 859 BGB

Besitzwehr, § 859 Abs. 1 BGB (-), da die Besitzentziehung bereits vollendet ist. **852**

Besitzkehr, § 859 Abs. 2 BGB? **853**

Verbotene Eigenmacht, § 858 Abs. 1 BGB

- Besitzentziehung (+)
- Ohne den Willen des Besitzers (+)
- Ohne das das Gesetz die Störung gestattet (+)

Täter auf frischer Tat betroffen oder verfolgt (-), die Zeitspanne seit dem Diebstahl ist schon zu groß, so dass ein "auf frischer Tat betroffen sein" nicht mehr vorliegt.

Also: kein Selbsthilferecht aus § 859 Abs. 2 BGB. Nimmt F dem Dieb das Fahrrad weg, verübt er selbst verbotene Eigenmacht. **854**

2. Es bleibt damit nur das Selbsthilferecht nach § 229 BGB

Danach darf F dem Radfahrer nach § 229 BGB das Fahrrad wegnehmen, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist. Gerichtliche Hilfe nutzt dem F hier sicherlich nichts; schon die Person des Radfahrers ist unbekannt, so dass er nicht einmal weiß, wen er verklagen muss. Auch die Polizei leistet "obrigkeitliche Hilfe", die Selbsthilfe ausschließt. Die Polizei müsste aber in dieser Situation für F unmittelbar greifbar sein. Wenn also mehrere Polizisten an der Kreuzung stünden, dürfte F nur so weit gehen, dass deren Einschreiten möglich ist (Festhalten des Diebs und Alarmierung der Polizei). In diesem Rahmen hat F ein **Selbsthilferecht**, das verbotene Eigenmacht ausschließt. **855**

Ähnlich: Anhalten eines gestohlenen Fahrzeugs an der schweizerischen oder polnischen Grenze. **856**

Zusammenfassung:

Sehe ich, wie sich ein Dieb auf mein Fahrrad schwingt, darf ich ihn mit Gewalt daran hindern (Besitz wehr). Sehe ich ihn gerade noch davonradeln, darf ich ihn verfolgen und ihm das Rad mittels Gewalt ab nehmen (Besitzkehr). Sehe ich ihn erst zwei Wochen später mit dem Rad umherfahren, muss ich polizei liche oder gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen und darf nicht selbst mit Gewalt vorgehen.

Weitere Beispiele für Selbsthilferechte: **857**

- § 562b Abs. 1, § 581 Abs. 2 BGB (Vermieter- Verpächterpfandrecht)
- § 910 BGB (Überhang, Abschneiden von Wurzeln und Zweigen) und
- § 962 BGB (Bienenschwarm; Betreten fremder Grundstücke bei Verfolgung).

****

III. Fall: Streit um das Auto

S hat seinem Freund F für die Semesterferien sein Auto geliehen. Da beide unterschiedliche Vorstellungen zum genauen Zeitpunkt des Semesterbeginns haben, geraten sie über die Rückgabe in Streit. S wartet die Dunkelheit ab, um das Auto mit seinem Schlüssel von dem Hof zu holen, auf dem F das Fahrzeug nachts abstellt. F hat damit gerechnet und sich deshalb auf die Lauer gelegt. Er hindert S mit der erforderlichen Gewalt daran, das Auto zu entfernen. Mit Recht? **858**

Hinweise zur Lösung:

Auch hier kommt ein **Selbsthilferecht des F nach § 859 Abs. 1 BGB** in Betracht. **859**

Voraussetzungen:

1. F als Besitzer des Autos **860**

F übt die unmittelbare Sachherrschaft aus, § 854 BGB. Zwar war S als mittelbarer Besitzer ebenfalls Besitzer des Autos, jedoch darf F seinen unmittelbaren Besitz in jedem Fall (und auch gegen den mittelbaren Besitzer) verteidigen.

2. verbotene Eigenmacht des S **861**

a) Besitzentziehung (+)

S will das Auto vom Hof holen und damit dem Besitz des F entziehen.

b) Gegenwärtigkeit der Besitzentziehung (+)

S setzt gerade zur Besitzentziehung an.

c) ohne den Willen des F (+)

nicht nur ohne, sondern gegen den Willen des F

d) Entziehung gestattet?

(1) Eventuell eigenes Selbsthilferecht des S nach § 859 Abs. 2 BGB?

(-) F hat den Besitz nicht durch verbotene Eigenmacht erlangt

(2) Selbsthilferecht nach § 229 BGB = Durchsetzung oder Sicherung eines Anspruchs mittels privater Gewalt; nur unter engen Voraussetzungen zulässig

Anspruch auf Herausgabe aus Vertrag, § 985 BGB oder § 812 BGB (+)

Keine rechtzeitige obrigkeitliche Hilfe oder Gefahr der Anspruchsvereitelung?

Obrigkeitliche Hilfe steht zur Verfügung. S kann vor Gericht den F auf Herausgabe verklagen, ggf. ist ihm auch einstweiliger Rechtsschutz in kürzester Frist zu gewähren.

862 **Ergebnis**: S mag einen Rückgabeanspruch haben, darf aber das Auto nicht eigenmächtig abholen (kein Selbsthilferecht gem. § 229 BGB). Entziehung ist nicht durch Gesetz gestattet. S verübt verbotene Eigenmacht, gegen die sich F gem. § 859 Abs. 1 BGB zur Wehr setzen darf.

863 **Ratio:**

Änderungen an der **Besitzlage** sollen **nicht eigenmächtig** stattfinden, sondern nur auf rechtlicher Grundlage. Sie sollen nur nach gerichtlicher Entscheidung und durch staatliche Zwangsmaßnahmen (Gerichtsvollzieher) durchgesetzt werden. Ein **Faustrecht**, das nur dem Stärkeren nützen würde, wird auf diese Weise verhindert.

864 Paradox: Genau zu diesem Zweck wird die **Selbsthilfe**, d.h. die eigenmächtige Durchsetzung der Ansprüche ohne staatliche Hilfe und notfalls mit Gewalt gesetzlich **zugelassen**. Erklärung: Der Gesetzgeber schützt eben unbedingt den **bestehenden Besitzzustand**, und zwar notfalls sogar durch "die Faust".

****

IV. Fall: Freche Parker

865 B hat einen Parkplatz gemietet, den er eines Abends nach einer kurzen Fahrt zum Zigarettenholen trotz entsprechender Kennzeichnung besetzt vorfindet. Darf er den Wagen.

a) sofort
b) nachdem er die Sache überschlafen hat durch einen Abschleppdienst entfernen lassen?

866 Die Frage zielt auf das Selbsthilferecht, Selbsthilfe gemäß § 859 Abs. 1 oder 2 und 3 BGB.

Besitzwehr oder Besitzkehr?

Wichtige Unterscheidung, da Besitzkehr nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig ist.

867 Besitz des B bleibt nach dem Wegfahren zunächst erhalten, insbesondere wg. des Schildes (Verkehrsanschauung, Herrschaftssphäre, die i.d.R. respektiert wird; vgl. auch § 856 Abs. 2 BGB).

Der Besitz an einem Abstellplatz endet aber, wenn ein anderes Fahrzeug hierauf geparkt wird, wie es hier geschehen ist.

868 Also geht es um **Besitzkehr**.

869 Gewährt durch § 859 Abs. 3 BGB (Parkplatz = unbewegliche Sache): Entsetzung = „aus dem Besitz setzen“, d.h. Besitzer darf sich den Besitz wiederverschaffen. Das muss allerdings „sofort“ geschehen. „Sofort“ bedeutet so schnell wie objektiv möglich (nur mit erforderlicher Vorbereitungszeit, strenger als unverzüglich i.S.v. § 121 BGB; LG Frankfurt a.M. NJW 1984, 183; AG München; NJW 1996, 853: nicht 7 Stunden nach widerrechtlichem Parken). **Faustregel**: Motor muss noch warm sein.

870 Also Antwort auf Fallfragen: Er kann den Wagen **sofort** abschleppen lassen, aber nicht nachdem er die Sache überschlafen hat.

Zum Besitzschutz siehe auch Teil I, S. 32ff. Dazu: BGH **NJW 2009, 2530** - Unbefugt auf fremden Grundstücken abgestellte Kraftfahrzeuge dürfen abgeschleppt werden und müssen nur gegen Bezahlung der Abschleppkosten herausgegeben werden. In der Folgezeit ergab sich eine ganze Kaskade an Falschparkfällen. Siehe zum Unterlassungsanspruch bspw. BGH NJW 2012, 3781, und zum Aufwendungsersatz aus GoA jüngst BGH **NJW 2016, 2407**.

Siehe auch: *Lorenz*, Privates Abschleppen - Besitzschutz oder Abzocke, NJW 2009, 1025.

****

V. Fall: Streit in der Familie

871 Vater und erwachsener Sohn leben gemeinsam im einen Haus und sie beschließen, ihre Beweglichkeit durch Anschaffung eines PKW zu erhöhen. Nachdem ein PKW angeschafft ist und sie ihn abwechselnd nutzen, kommt es darüber zwischen beiden zum Streit. Eine der Auseinandersetzungen endet damit, dass der Sohn auszieht, und zwar unter Mitnahme des Fahrzeugs. Damit ist der Vater nicht einverstanden. Er will das Fahrzeug zurückhaben, zumindest will er den vorherigen Status der Mitbenutzung wiederherstellen. Nach reiflicher Überlegung konsultiert er einen Anwalt, um seine Rechte schnellstmöglich durchzusetzen. Wie geht der Anwalt vor?

Vgl. dazu *Kollhosser* JuS 1992, 567, 569 f.

Wie lassen sich die Rechte des Vaters, der nach seiner Ansicht Alleineigentümer des Fahrzeugs ist (ebenso allerdings auch der Sohn), am schnellsten durchsetzen?

Zum Mitbesitz siehe auch Teil I, S. 31.

1. Eigentum als Grundlage eines Anspruchs?

Beim ersten Zusehen mag man geneigt sein, auf das **Eigentum** des Vaters abzustellen. Dieser mag auch mit guten Gründen behaupten, Alleineigentümer des Fahrzeugs zu sein. Da die beiden das Fahrzeug zusammen angeschafft haben, wird es aber von schwierigen Beweisfragen abhängen, ob nicht etwa **Miteigentum** entstanden ist (Streitigkeit über Berechtigung des Miteigentümer untereinander; vgl. § 745 BGB). **872**

Hierbei kommt es darauf an, wie die beiden gegenüber dem Verkäufer des Fahrzeugs aufgetreten sind (Übereignung an beide gemeinsam) oder ob sich zwischen ihnen anschließend ein Übereignungstatbestand abgespielt hat. Dies dürfte im Zweifel schwierig und nur mit erheblichem Zeitaufwand (Zeugenaussagen etc.) zu klären sein.

Um die Rechte des Vaters möglichst rasch durchzusetzen, ist es deshalb angezeigt, seine Ansprüche auf seinen beeinträchtigten Besitz zu stützen. Der Vater hatte zwar keinen Alleinbesitz, sondern nur **Mitbesitz** (**schlichter Mitbesitz,** dazu oben Teil I S. 31.) **873**

2. Schutz des Mitbesitzes (§ 866 BGB)

Auch dem Mitbesitzer stehen die Besitzschutzansprüche zu (§ 866 BGB). Nur soweit es sich um die **Grenzen** des dem einzelnen Mitbesitzer zustehenden Gebrauchs handelt, ist der Besitzschutz ausgeschlossen. Dies beträfe etwa Streitigkeiten zwischen Vater und Sohn über die Frage, wer das Fahrzeug am Samstagabend nutzen darf. Diese Frage soll nicht auf besitzrechtlicher Ebene gelöst (Selbsthilfe!), sondern anhand des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses entschieden werden. Hier geht es aber um den **völligen Besitzentzug** durch einen Mitbesitzer nach **§§ 866, 861 BGB**, bei der die ursprüngliche Besitzlage (Mitbesitz) wieder herzustellen ist. **874**

a) Voraussetzungen für den Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB

Die Voraussetzungen für den Anspruch aus § 861 BGB sind leicht darzulegen. Der Vater hatte Besitz (Mitbesitz). Dieser Besitz ist ihm ohne seinen Willen entzogen worden, ohne dass das Gesetz die Entziehung gestattet hat (§ 858 Abs. 1 BGB, verbotene Eigenmacht). Der Alleinbesitz, den sich der Sohn verschafft hat, ist fehlerhaft (§ 858 Abs. 2 BGB). Ein Ausschluss nach § 861 Abs. 2 BGB liegt nicht vor. Aus dem gesetzlichen Besitzschutz folgt: **875**

- Der Vater hätte sich zeitnah gegen die verbotene Eigenmacht gemäß § 859 BGB wehren können (Selbsthilfe).
- Nach § 861 Abs. 1 BGB hat er nun einen (possessorischen) **Anspruch auf Wiedereinräumung** des Besitzes.

b) Verteidigung gegen den Anspruch aus § 861 BGB

Der Sohn mag behaupten, er sei **Alleineigentümer** gewesen, habe seinem Vater das Fahrzeug leihweise zur Verfügung gestellt und dieser Leihvertrag sei gekündigt (vgl. zur Kündigung bei der Leihe § 604 BGB, insbesondere Abs. 3 BGB: Rückforderungsrecht jederzeit). Damit macht der Sohn ein **Recht zum Besitz** und zur Vornahme der störenden Handlung geltend (§ 863 BGB), kann aber damit nicht entkräften, dass die Entziehung oder die Störung verbotene Eigenmacht sei; dafür müsste das **Gesetz** die Entziehung **gestatten** (§ 858 Abs. 1 BGB). Der Sohn kann vielmehr nur begründen, dass ihm ein Recht an der Sache zusteht, "vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann" (§ 864 Abs. 2 BGB). Dies bringt possessorische Ansprüche aber nur zum Erlöschen, wenn entsprechende Rechte durch **rechtskräftiges Urteil** festgestellt worden sind. Wenn der Vater zuerst Klage erhebt, kommt er dieser Verteidigung zuvor. **876**

c) Möglichkeit der Widerklage

Es fragt sich, ob der Sohn auf die Klage des Vaters seine Rechte durch **Widerklage** (§§ 33 und 145 ZPO) geltend machen kann, um möglichst zügig eine Klärung seiner Verteidigungsrechte herbeizuführen. Die h.M. lässt die Widerklage zu. Meist wird aber ungeachtet der Widerklage über die possessorischen Ansprüche **zuerst** zu entscheiden sein. Aufgrund der dargelegten Umstände (geringe Voraussetzungen, s.o.) sind **possessorische Ansprüche** nämlich in der Regel früher entscheidungsreif. **877**

Sind aber beide Ansprüche **ausnahmsweise** gleichzeitig entscheidungsreif, so gilt allerdings: Der possessorischen Anspruch wird abgewiesen und dem petitorischen Gegenanspruch wird stattgegeben.

Hinweis zur **Nacharbeit**: **878**

Gute Übersicht zum Thema possessorischer Besitzschutz, insbes. petitorische Widerklage: *Amend*, Aktuelles und Historisches zur richterlichen Anerkennung des possessorischen Besitzschutzes, JuS 2001, 124

Lehmann-Richter, Possessorische Besitzschutzansprüche und petitorische Einwendungen im einstweiligen Rechtsschutz, NJW 2003, 1717

****

VI. Fall: Streit unter Nachbarn

N1 und N2 sind Nachbarn. N2 lässt auf seinem Grundstück ein größeres Gebäude errichten. Dazu wird ein Kran aufgestellt, dessen Ausleger ständig über das Grundstück von N1 hinwegschwenkt. N1 fordert N2 auf, dies zu unterlassen und erhebt schließlich eine entsprechende Klage. N2 verweist auf eine Regelung im LandesnachbarschaftsG, wonach der Eigentümer das Betreten und Benutzen seines Grundstückes durch den Nachbarn dulden muss, wenn dies zur Errichtung oder zur Instandsetzung genehmigter Bauvorhaben erforderlich ist. Wie entscheidet das Gericht? **879**

OLG Karlsruhe JuS 1993, 420 *K. Schmidt*; siehe dazu auch BGH NJW 2001, 1865: Der Besitzer eines Grundstücks kann im Fall verbotener Eigenmacht, die aus besonderen Gründen nicht nach §§ 862, 858 BGB abgewendet werden kann, einen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch in Geld entsprechend § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB zustehen. Auf Grund der Aktualität und medialer Aufmerksamkeit, sei in diesem Zusammenhang auch auf die nachbarrechtliche Konstellation des Rauchens in Mietwohnungen hingewiesen: BGH **NJW 2015, 2023**. Für weitere Fälle: *Honer/Hennig*, JuS 2016, 591.

Lösungshinweise:

Anspruchsgrundlage § 1004 Abs. 1 BGB.

880 Voraussetzungen:

(a) N1 Eigentümer? (+)

(b) Eigentumsstörung? Zu bejahen, da Beeinträchtigung der Nutzung (ungutes Gefühl; Risiko, vielleicht auch noch Verschattung).

Problem: Gestattung durch LandesnachbarschaftsG gem. § 1004 Abs. 2 BGB. Voraussetzungen gegeben? Nutzung wirklich erforderlich? Kommt darauf an (Sachverständige, Zeugen, Augenschein etc.); letztlich Beweisfrage.

881 (2) Verurteilung auf anderer Grundlage ohne diese Erschwernisse?

Anspruchsgrundlage § 862 Abs. 1 BGB.

Voraussetzungen:

(a) Besitzstörung + (wie Eigentumsbeeinträchtigung).

(b) durch verbotene Eigenmacht?

Entscheidend: **Gestattung** durch das **Gesetz**? Gibt die landesrechtliche Bestimmung eine Befugnis zur Selbsthilfe oder nur einen Anspruch gegen den Nachbarn?

Vgl. § 863 BGB einerseits und § 858 BGB andererseits. Dazu ist die Bestimmung des Nachbarschaftsgesetzes „verständig" auszulegen (was hat der Gesetzgeber wohl gewollt? Was ist Sinn und Zweck der Regelung? Wie soll sie „funktionieren"?).

882 Wie meinen Sie, hat das Gericht diese Frage entschieden, wenn die Richter in den Sachenrechtsvorlesung aufgepasst haben?

> Tipp zum Stoff der Sachenrechtsvorlesung: Schutz des Status quo zur Bewahrung des Rechtsfriedens als wesentliches Ziel der Bestimmungen zum Besitzschutz (Zurückdrängung des Faustrechts), Schutz vor der faktischen Durchsetzungsfähigkeit des Stärkeren. Außerdem: OLG-Richter legen Wert auf die Gebote der Höflichkeit im rechtlichen Umgang miteinander.

****

VII. Fall: Huckebeins umstrittenes Begräbnis

883 Der Knabe Eugen (E) bekommt von seinem Onkel Nolte (N) zum achten Geburtstag einen zahmen Raben geschenkt. Sein Vater (V) begrüßt dieses Geschenk als sinnvollen Erziehungsbeitrag, während seine Mutter (M) den neuen Hausgenossen nur mit Murren duldet. Der von E und seinen Eltern auf den Namen „Hans Huckebein" getaufte Rabe erweist sich in den folgenden Wochen im Haushalt als Übeltäter: Gardinen, Gläser, Lampen und andere Gegenstände fallen seiner Zerstörungswut zum Opfer. Als eines Morgens E in der Schule und V im Büro ist, nimmt M kurzerhand den Huckebein und verkauft ihn an den Inhaber der Zoohandlung Hanno von Hinkelsmark (H). Von dort erwirbt ihn zwei Tage später die Vogelliebhaberin Madame Schmöck (S). Am folgenden Sonntag trifft E auf dem Spaziergang die S, die den Raben auf der Schulter ausführt. E erkennt „seinen alten Huckebein", stürzt auf S zu, entreißt ihn ihr trotz allen Protestgeschreis und stürmt davon. Zu Hause sind V und nunmehr auch M von der Tierliebe des E gerührt und meinen, E dürfe seinen Huckebein behalten, müsse sich aber auch allein um ihn kümmern. Huckebein solle ganz ihm gehören, müsse allerdings auch in E's Zimmer bleiben. Doch in der folgenden Nacht verwickelt sich Huckebein beim Spiel mit einem Wollknäul so unglücklich, dass er sich erdrosselt. Am nächsten Morgen wird die Trauergemeinde durch einen Besuch von S aufgerüttelt, die „ihren Raben" wieder abholen möchte und dabei von dessen Schicksal erfährt. E möchte Huckebein im Garten beerdigen, doch S besteht auf Herausgabe des Leichnams, weil sie selbst für eine ordentliche Bestattung Huckebeins in ihrem eigenen Garten Sorge tragen möchte.

Lösung vgl. *Martinek*, JuS 1992, L 85 ff.

Zum Nacharbeiten:

Martinek JuS 1992, L 85; *Kollhosser* JuS 1992, 567 ff.;. *Petersen*, Grundfragen zum Recht des Besitzes, JURA 2002, 160.

****

VIII. Fälle zu §§ 1006 und 1007 BGB

Zu § 1007 BGB siehe auch Teil I, S. 34.

1. Fall: Das Collier und der Fremdenlegionär

884 Der Erblasser E ist verstorben, ohne dass ein Testament gefunden wird. Damit wird sein einziger Sohn S Erbe. Dies ist insofern bemerkenswert, als E und S seit langem zerstritten waren. Zum Nachlass gehören ein wertvoller Ring (Brillant) und ein wertvolles Collier. Wie erwartet hat S keinen Sinn für diesen Familienschmuck. Er veräußert ihn umgehend an K.

Nun wird allerdings doch noch ein Testament gefunden. Darin hat E in der Tat nicht seinen Sohn S, sondern seine (eigene) Schwester Gundula (G) als Alleinerbin eingesetzt.

Gundula (G) ist sehr an dem Ring gelegen, den ihre gemeinsame Mutter (M) und auch E als ihr Sohn und Erbe stets getragen und hat. Sie möchte ihn deshalb unter allen Umständen von K zurückhaben.

Auch das Collier möchte sie von K verlangen. Zwar hat die Mutter (M) auch das Collier gelegentlich getragen, aber sie hat immer davon gesprochen, dass es nicht ihr gehöre. Sie verwahre es, so hat sie immer gesagt, für ihren Cousin, der als junger Mann in die Fremdenlegion eingetreten sei und ihr den ererbten Familienschmuck vor diesem Schritt zur Verwahrung übergeben habe („zu treuen Händen"). Dies hat sie auch E ans Herz gelegt.

Lösung

a) Anspruch auf Herausgabe des Ringes

(1) Anspruch aus § 985 BGB

Als Anspruchsgrundlage kommt § 985 BGB in Betracht. **885**

Dieser Anspruch setzt zunächst voraus, dass **Gundula Eigentümerin des Ringes** ist. Hierzu empfiehlt sich in der Regel ein historischer Aufbau.

Der Sachverhalt legt nahe, dass E Eigentümer des Ringes war („zum Nachlass gehört ein Ring"). In der prozessualen Realität wird man aber damit zu rechnen haben, dass K einwendet, G solle das Eigentum des E erst einmal **beweisen**. Wenn schon hinter dem Collier eine merkwürdige Familiengeschichte stehe, treffe dies womöglich auch auf den Ring zu. G möge deshalb darlegen, wo E den Ring her habe. Wenn Gundula nun ausführt, dass ihre (gemeinsame) Mutter Eigentümerin des Ringes war, hilft dies nicht weiter. Es verlagert sich das Problem nur auf das Eigentum der Mutter. Damit gerät man in immer schwierigere Beweissituationen hinsichtlich der Umstände aus der ferneren Vergangenheit. **886**

In dieser Situation soll § 1006 BGB die Beweisschwierigkeiten anhand der Besitzlage beseitigen. **887**

(a) § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB

Nach § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB wird zugunsten des Besitzers einer bewegliche Sache **vermutet**, dass er **Eigentümer** der Sache sei. **888**

Wichtige Definition: Vermutung bedeutet, dass von der vermuteten Rechtslage auszugehen ist, bis das Gegenteil bewiesen ist (§ 295 ZPO).

> Zur Darlegungslast sowie zum Beweismaß im Rahmen einer Wiederlegung der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB, BGH NJW 2002, 2101.

Nachdem § 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB ins Spiel gebracht ist, triumphiert allerdings K: er sei der Besitzer des Ringes und für ihn streite deshalb die Vermutung. **889**

Richtig?

Trifft für Abs. 1 Satz 1 in der Tat zu. Vermutung also **zugunsten des K**! **890**

(b) § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB

Gundula muss sich demgegenüber auf § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB stützen: Die Vermutung des Abs. 1 gilt **nicht** einem **früheren Besitzer** gegenüber, dem die Sache **abhanden** gekommen ist. **891**

Ist Gundula frühere Besitzerin?

Gundula hatte in den fraglichen Zeiträumen nie die tatsächliche Gewalt über den Schmuck. Allerdings war sie (zunächst unerkannt, aber dies ist unerheblich) Erbin des E. Sein unmittelbarer Besitz ist gemäß **§ 857 BGB** auf sie übergegangen **(Erbenbesitz!)**.

> Beachte: Erbenbesitz als Fall der vergeistigten Sachherrschaft (Übersicht zum Besitz); hier sogar schlichte Fiktion. Ratio: Sachen Verstorbener sollen nicht besitzlos werden, zur Tragweite schon oben.

Diesen unmittelbaren Besitz hat Gundula verloren mit der tatsächlichen Besitzergreifung durch S (beachte: Erbenbesitz kann sich sogar auf eine logische Sekunde beschränken!). Dies geschah unfreiwillig, so dass ihr der Besitz **abhanden gekommen** ist. **892**

Die Vermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB gilt daher nicht zugunsten des K. Damit ist die Situation wieder offen.

(c) § 1006 Abs. 2 BGB

Gundula schöpft neue Hoffnung aus § 1006 Abs. 2 BGB. Nach dieser Bestimmung wird zugunsten eines **früheren** Besitzers vermutet, dass er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei (früherer Besitz des E ist bis zu seinem Tod ist unstreitig). **893**

Diese Vermutung gilt für die Zeit, in der E Besitzer war, also bis zu seinem Tod. Gundula muss also nur darlegen, dass sie Erbin des E geworden ist, d.h. dass das Eigentum des E im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf sie übergegangen ist (§ 1922 BGB). Laut Sachverhalt besteht **testamentarische Erbfolge**. Damit hat sie dargetan, dass sie jedenfalls bis zur Veräußerung an K Eigentümerin des Ringes war.

Ebenfalls möglich: Abstellen auf die Zeit, in der Gundula den **Erbenbesitz** hatte. Auch hier: Erbeneigenschaft muss dargelegt und ggf. bewiesen werden (ist möglich).

Damit sind alle Versuche des K gescheitert, das frühere Eigentum von E und der G in Frage zu stellen. **894**

> Übrigens: Die Vermutungswirkung des § 1006 Abs. 2 BGB wird durch den Nachweis eines späteren Eigentumserwerbs nicht widerlegt. BGH vom 20.9.2004 - II ZR 318/02, NJW 2005, 971, Vollständig abgedruckt in NJW-RR 2005, 280.

(d) Eigentumserwerb durch K gem. § 929 BGB

895 Alle Vermutungen hinsichtlich des **früheren Eigentums** nützen aber nichts, wenn K nachfolgend durch den Erwerb Eigentümer geworden ist.

Eine Übereignung nach § 929 BGB scheidet aus, weil der Veräußerer S **nicht Eigentümer** der Sache war. In Betracht kommt aber ein **gutgläubiger Erwerb** (§ 932 BGB).

(e) Gutgläubiger Erwerb (§ 932 BGB)

896 Die Gutgläubigkeit (§ 932 Abs. 2 BGB) des K ist nach dem Sachverhalt gegeben (S erschien wegen des fehlenden Testamentes ohne weiteres als Erbe des E).

Ein gutgläubiger Erwerb könnte aber nach § 935 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein. Danach findet kein gutgläubiger Erwerb statt, wenn die Sache dem Eigentümer **gestohlen worden** oder sonst **abhanden gekommen** ist.

897 **Abhandenkommen** bedeutet **unfreiwilliger Verlust des unmittelbaren Besitzes**. Ein solcher Verlust hat stattgefunden, da G mit dem Erbfall unmittelbare Besitzerin nach § 857 BGB wurde und sie diesen Besitz gegen ihren Willen durch die Besitzergreifung des S verloren hat. Dies war schon im Rahmen des § 1006 BGB von Bedeutung (s.o.).

> Beachte: Hierin liegt ein wesentlicher Sinn des Erbenbesitzes. Durch den Tod des Besitzes tritt keine Lücke ein, die einen gutgläubigen Erwerb ermöglicht. Ein Zugriff auf die Sache führt trotz des Erbfalls zum Abhandenkommen.

(f) Abschließend zur Eigentumslage

898 G war Eigentümerin des Ringes und sie ist Eigentümerin des Ringes auch nach der Veräußerung an K geblieben.

899 Der zu prüfende Anspruch aus § 985 BGB setzt zusätzlich nur noch voraus (vgl. § 986 BGB), dass der Anspruchsgegner als gegenwärtiger Besitzer (also K) kein Recht zum Besitz hat (z.B. aus Vertrag). Ein solches Recht steht K gegenüber Gundula nicht zu.

(2) Ergebnis:

G kann von K nach § 985 BGB die Herausgabe des Rings verlangen.

b) Rechtslage hinsichtlich des Colliers

900 Ist hinsichtlich des Colliers ebenso zu entscheiden wie für den Ring?

(1) § 1006 BGB

901 Die Anwendung des § 1006 BGB kommt zur gleichen Rechtslage (Vermutung des Eigentums von Gundula). Eine Änderung ergibt sich also nur, wenn K das fehlende Eigentum des E beweisen kann oder wenn dies sogar unstreitig ist. Nach dem SV bringt Gundula (jedenfalls außerprozessual) selbst vor, dass ihre **Mutter** den Ring nur **verwahrt** hat. Außerdem wird sicherlich S als Zeuge zur Verfügung stehen, dass die Großmutter immer von der **Verwahrung** des Colliers gesprochen hat. Sein Interesse geht jedenfalls dahin, dass K das Collier gutgläubig erworben hat; andernfalls ergeben sich Ansprüche gegen ihn aus dem Kaufvertrag mit K (§§ 280 Abs. 1, 3; 283 BGB).

902 Die Vermutung des § 1006 Abs. 2 BGB kommt somit **nicht** zum Tragen oder ist jedenfalls damit widerlegt. Gundula hat keine Ansprüche aus Eigentum, insbesondere kein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.

903 Ist diese Rechtslage überzeugend?

K findet sie richtig; er meint, es solle doch der Fremdenlegionär kommen, dem er dann das Collier herausgeben werde, aber nicht Gundula, der das Collier genauso wenig gehöre wie ihm.

Gundula sieht die Rechtslage anders. Sie fühlt sich an der Stelle ihrer Mutter als "Treuhänderin" für den Schmuck des Verwandten. Sie möchte ihn sicherlich nicht mehr für den Fremdenlegionär, aber seine Erben verwahren. Wenn sich einmal diese Erben melden, sei es eine Familienschande, wenn der Schmuck nicht bei ihr, sondern bei einem Käufer sei. Wie lässt sich die Ansicht von Gundula rechtlich begründen?

(2) Anspruch aus § 1007 BGB

904 Als Anspruchsgrundlage kommt § 1007 Abs. 1 BGB in Betracht.

(a) § 1007 Abs. 1 BGB

905 § 1007 BGB gewährt einen Herausgabeanspruch **gegen** den **gegenwärtigen Besitzer** aus "besserem Besitzrecht".

Voraussetzung eines Anspruches ist zunächst, dass der **Anspruchsteller** früher die Sache in **Besitz** gehabt hat. Diese Voraussetzung liegt vor (s.o. G als Erbenbesitzerin, § 857 BGB).

906 § 1007 Abs. 1 BGB verlangt aber ferner, dass der **jetzige Besitzer** beim Erwerb des Besitzes **nicht in gutem Glauben** gewesen war. K war allerdings gutgläubig, so dass ein Herausgabeanspruch nach § 1007 Abs. 1 BGB gegen ihn nicht besteht.

> Genau gesehen muss sich im Falle von § 1007 Abs. 1 BGB die Gutgläubigkeit darauf beziehen, dass der Besitzer zum **Besitz berechtigt** ist. Wer z.B. den Besitz als Mieter erwirbt und ohne grobe Fahrlässigkeit davon ausgehen kann, dass ihm der Besitz vom Eigentümer überlassen wird, ist gutgläubig i.S.v. § 1007 Abs. 1 BGB. Die Gutgläubigkeit beim Erwerb nach § 932 BGB ist insofern enger zu sehen, als hier der Erwerber davon ausgehen muss, dass ihm der Veräußerer das **Eigentum** verschafft. Ein solcher Erwerber geht aber auf jeden Fall auch davon aus, dass er zum Besitz berechtigt ist, so dass auf jeden Fall Gutgläubigkeit i.S.v. § 1007 Abs. 1 BGB gegeben ist.

(b) § 1007 Abs. 2 BGB

907 Nach § 1007 Abs. 2 BGB kann die Herausgabe aber auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangt werden, wenn die Sache **dem früheren Besitzer abhanden gekommen** ist. Dies konnte für den Ring bejaht werden; gilt für das Collier das gleiche?

908

Unabhängig von der Eigentumslage hat Gundula auch den Besitz am Collier gemäß § 857 BGB beim Tod des E erworben (E war auch unmittelbarer Besitzer des Colliers). Auch das Collier ist also Gundula abhanden gekommen.

Ein Anspruch nach § 1007 Abs. 2 BGB ist allerdings ausgeschlossen, wenn der jetzige Besitzer Eigentümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. **909**

> Der letzte Ausschlussgrund kann von vorneherein außer Betracht bleiben. K ist nie Besitzer gewesen, bevor Gundula ihrerseits den Besitz erlangt hat.

Fraglich kann allenfalls sein, ob K von S das Eigentum gutgläubig nach § 932 BGB erworben hat. Ebenso wie im Falle des Ringes war K gutgläubig. Einem gutgläubigen Erwerb kann somit nur entgegenstehen, dass dem Eigentümer die Sache nach § 935 Abs. 1 BGB abhanden gekommen ist. Ein Unterschied zum Ring ergibt sich insofern, als Gundula nicht Eigentümerin des Colliers war. Auf das Abhandenkommen bei ihr lässt sich also nicht abstellen. Nach dem Sachverhalt ist davon auszugehen, dass der **Fremdenlegionär** Eigentümer des Colliers war, so dass es **ihm** abhanden gekommen sein müsste. Der Fremdenlegionär selbst hat seinen Besitz auf die Mutter von Gundula übertragen (Hingabe des Colliers zur Verwahrung). Dadurch hat er seinen unmittelbaren Besitz also keinesfalls gegen oder ohne seinen Willen verloren. In diesen Fällen ist allerdings § 935 Abs. 1 S. 2 BGB zu beachten: Wenn der Eigentümer die Sache im Rahmen eines Besitzmittlungsverhältnisses weggibt und somit mittelbarer Besitzer bleibt, kommt es darauf an, ob die Sache beim **unmittelbaren Besitzer** abhanden kommt.

> Ratio: Hier hat zwar der Eigentümer als mittelbarer Besitzer den Besitz „in Umlauf" gebracht und damit die Gefahr gutgläubigen Erwerbs hervorgerufen. Es ist aber reiner Zufall, ob die Sache bei ihm oder bei dem „getreuen" Besitzmittler abhanden kommt.

Fasst man insofern die M ins Auge, liegt kein Abhandenkommen vor. Ebenso wenig trifft dies auf E zu, der als Erbe von M die Verwahrung des Colliers für den Fremdenlegionär übernommen hat. Nach dem Tod von E hat Gundula als seine Erbin die Verwahrung des Ringes übernommen. Im Ergebnis kommt es also auch hier darauf an, ob Gundula das Collier abhanden gekommen ist. Dies wurde bereits festgestellt. **910**

> Es fragt sich, ob sich gegen dieses Ergebnis einwenden lässt, dass der Fremdenlegionär möglicherweise nicht mehr lebt. In diesem Fall wären aber sein Erbe oder seine Erben an seine Stelle getreten, so dass sich die Lage nicht geändert hätte: M und ihre Rechtsnachfolger hätten dann für diese Erben verwahrt. Selbst wenn nach einem etwaigen Tod des Fremdenlegionärs M Alleinerbin geworden wäre, käme es nicht zu einem anderen Ergebnis: Dann wäre nach ihr E und dann Gundula Eigentümerin geworden, bei der das Collier dann abhanden gekommen ist (s.o.).

Allerdings ist der Anspruch nach § 1007 Abs. 2 BGB eingeschränkt: Er besteht **nicht**, wenn der **gegenwärtige Besitzer** Eigentümer der Sache ist oder die Sache **ihm** vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. Auch diese Merkmale konnten allerdings schon verneint werden (s.o.; kein gutgläubiger Eigentumserwerb wegen § 935 BGB). **911**

Unterschied: **Eigentümer** im Falle des Colliers war der Fremdenlegionär (oder seine Erben); **ihm** muss das Collier abhanden gekommen sein! Er hat seinen unmittelbaren Besitz aber freiwillig aufgegeben (durch Bitte um Verwahrung durch die Mutter von Gundula). Insofern liegt anders als beim Ring kein Abhandenkommen i.S.v. § 935 Abs. 1 S. 1 vor. Satz 2 sieht aber vor, dass der Eigentümer auch **mittelbarer Besitzer** gewesen sein kann; entscheidend ist dann, ob die Sache dem unmittelbaren (Fremd-)Besitzer abhanden kommen ist (anders wenn dieser die Sache willentlich weitergibt!). **912**

§ 1007 Abs. 3 BGB enthält weitere **Ausschlussgründe**. Ein Herausgabeanspruch besteht nicht, wenn der **frühere Besitzer** beim Besitzerwerb **nicht in guten Glauben** war oder wenn er den **Besitz aufgegeben** hat. Eine **Besitzaufgabe** liegt nicht vor; Gundula war Besitzerin nach § 857 BGB und sie hat diesen Besitz durch den Zugriff des S gegen ihren Willen verloren. Ebenfalls kommt nicht in Betracht, dass sie beim Erwerb des Besitzes nicht in **gutem Glauben** war. Im Gegenteil wollte sie ebenso wie ihre Mutter das Collier in verwandtschaftlicher Treue für den Fremdenlegionär oder seine Erben verwahren. Im Übrigen stellt sich gar nicht die Frage der Bösgläubigkeit, da sie **gegenüber** dem **Eigentümer** ein **Recht zum Besitz** hatte (dies ist hier der Bezugspunkt des guten/bösen Glaubens!). **913**

Schließlich finden die Vorschriften der §§ 986-1003 BGB entsprechende Anwendung. Dies bedeutet, dass der gegenwärtige Besitzer z.B. die Herausgabe verweigern kann, wenn er **gegenüber dem Eigentümer** (also Legionär oder seine Erben) zum Besitz berechtigt ist. Hierfür bestehen jedoch keinerlei Anhaltspunkte **914**

(3) Ergebnis:

G kann von K auch das Collier, allerdings nach § 1007 Abs. 2 BGB herausverlangen.

****

2. Fall: Das Rindviehrennen

Alljährlich findet in der Stadt S das bekannte „Rindviehrennen" statt (angelehnt an die Kultserie: „Irgendwie und Sowieso"). Zu diesem Ereignis kommen die Starter von weither angereist. So auch unter anderem der Nachwuchsjockey J, der sich für dieses Ereignis extra eine Kuh hält. Er hatte sie vor längerer Zeit von einem Bauern ausgeliehen, der inzwischen seine Landwirtschaft aufgegeben hat und unbekannt verzog. J gewinnt auch das Rennen. Doch in dem sich anschließenden Jubel verliert er die Kuh aus den Augen. D hatte sie sich inzwischen geschnappt und mitgenommen. Mehrere Monate später entdeckt J zufällig bei D die Kuh, die inzwischen gekalbt hatte und den D täglich mit einem Liter Milch versorgte. Leider litt sie schwer unter der unsachgemäßen Haltung bei D, so dass ihr Verkaufswert um 50 % sank. **915**

Welche Ansprüche hat J gegen D?

> Zur Herausgabe von „Sachen" (§ 1007 BGB) siehe Teil I, S. 34, deren Nutzungen siehe Teil I, S. 45 und bzgl. des Schadensersatzes siehe Teil I, S. 49.

Lösung

a) Ansprüche aus Besitz

916 I. § 861 Abs. 1 BGB

Voraussetzung: Verbotene Eigenmacht, § 858 BGB (+)

Rechtsfolge: Wiedereinräumung des Besitzes an Kuh; keine sonstigen Ansprüche

917 II. Ansprüche aus § 1007 I und II BGB

1. Voraussetzungen nach § 1007 I BGB

a) J war ehemals Besitzer (+)

b) bösgläubiger Besitzerwerb des D (+)

2. Voraussetzungen nach § 1007 II BGB

a) J ehemals Besitzer (+)

b) Kuh dem J abhanden gekommen (+)

c) D ist nicht Eigentümer der Kuh (+)

d) D war die Kuh nicht bereits früher einmal abhanden gekommen

3. Kein sonstiger Ausschlussgrund

Besitzrecht gem. § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB / § 986 BGB / § 1000 BGB: aber § 1000 S. 2 BGB:

selbst wenn das Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB grundsätzlich ein Besitzrecht begründen würde, wie es von der Rspr. entgegen der h.L. (Nachweise Palandt/*Herrler* § 986 Rn. 6) vertreten wird, so wäre es im vorliegenden Fall durch die vorsätzlich begangene verbotene Eigenmacht des D ausgeschlossen.

4. Rechtsfolge: Herausgabe der Kuh

918 III. Herausgabe der Nutzungen gem. § 987 Abs. 1 BGB / § 990 BGB / § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB

1. Ausschluss wegen schuldrechtlicher Sonderverbindung

§ 687 Abs. 2 BGB könnte eine solche Sonderverbindung darstellen, die § 987 ff. BGB ausschließt

H.M.: § 687 Abs. 2 BGB und §§ 987 ff. BGB sind nebeneinander anwendbar, da Gesetzgeber in diesem Fall dem Betroffenen zusätzlich die Möglichkeiten der GoA geben wollte (BGH WM 56, 1279; Palandt/*Herrler* Vor § 987 Rn. 12; Jauernig/*Berger* Vor § 987 Rn. 15); insb. soll die Geltendmachung der Ansprüche keine Genehmigung i.S.v. § 684 S. 2 BGB darstellen, da gerade auf diese Vorschrift nicht verwiesen wurde (Palandt/*Sprau* § 687 Rn. 2)

A.A.: MüKoBGB/*Seiler* Vor § 677 Rn. 18, der in § 687 Abs. 2 BGB eine die Ansprüche aus der Vindikationslage ausschließende Sonderverbindung sieht

2. Vindikationslage:

meint entsprechend zu § 985 einen Anspruch aus § 1007; es wird der Anspruch aus Besitz über § 1007 III 2 hinsichtlich der Ansprüche aus §§ 987 ff dem Anspruch aus Eigentum gleichgestellt (+) s.o.

3. Rechtsfolge: eigentlich Herausgabe der Nutzungen

insoweit fraglich, als dem J aus der Leihe nur der Gebrauch der Sache zusteht; er hat kein Recht hinsichtlich der Früchte der Sache. Der Besitzer könnte daher über § 1007 BGB nur insoweit Rechte geltend machen dürfen, als er entweder selbst berechtigt ist oder sich dem eigentlich Berechtigten Ansprüchen gegenüber sieht

Im vorliegenden Fall würde das aber zu dem unbilligen Ergebnis führen, dass der noch weniger Berechtigte die Nutzungen behalten dürfte. Daher nimmt die überwiegende Meinung an, dass der Besitzer über § 1007 Abs. 3 BGB in die Stellung des Eigentümers einrückt und sein „besseres Recht zum Besitz“ geltend macht (vgl. *Bauer/Stürner* § 9 IV; *Westermann/Gursky/Eickmann* § 34 Rn. 7ff.). Die Nutzungen sind aber nur zu Besitz herauszugeben.

d.h. Kalb herauszugeben; hinsichtlich der Milch wird Wertersatz nach § 285 BGB wegen Unmöglichkeit geschuldet (zur Anwendbarkeit des Allg. Schuldrechts auf die Ansprüche §§ 987 ff. BGB: *Westermann/Gursky/Eickmann* § 30 Rn. 21ff.))

919 IV. Schadensersatzanspruch gem. § 989 BGB / § 990 BGB / § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB

1. Anwendbarkeit: s.o.

2. Vindikationslage(+), s.o.

3. Bösgläubigkeit des jetzigen Besitzers (+)

4. Verschulden: unsachgemäße Haltung des Tieres (+)

5. Rechtsfolge:
Schadensersatz, d.h. Wertverlust der Kuh zu ersetzen

920 V. Gegenanspruch auf Ersatz der Verwendungen, § 994 BGB (+)

b) Ansprüche aus Geschäftsanmaßung, § 687 Abs. 2 BGB

I. Voraussetzungen: **921**

1. Anwendbarkeit

könnte hinsichtlich Schadenersatz und Herausgabe von Nutzungen wegen § 993 Abs. 1 2. HS BGB ausgeschlossen sein

aber: Gesetzgeber wollte ein Nebeneinander der Ansprüche (vgl. o.)

2. Geschäft:

jede Tätigkeit, egal ob rechtsgeschäftlich oder nur tatsächlich;

daher kann auch die Ausübung des tatsächlichen Besitzes ein Geschäft darstellen (vgl. Verwahrung); hier erweitert sich die bloße Ausübung zu einer Tierhaltung, die zusätzliche Handlungen umfasst

3. Geschäftsherr

J als Entleiher, § 598 BGB, steht der Gebrauch und damit der Besitz der Sache, die Haltung des Tieres zu.

4. Fremdgeschäftsführungswille

D ist sich seines fehlenden Besitzrechtes bewusst.

II. Rechtsfolgen: **922**

1. § 681 S.2 BGB / § 667 BGB

- „das zur Ausführung Erhaltene“:
- Rückgabe dessen, was zur Erledigung des Geschäfts erlangt wurde; d.h. Kuh
- „was durch die Geschäftsführung erlangt wurde“
- hierzu zählen grundsätzlich auch die gezogenen Nutzungen, §§ 100, 99 Abs. 1 BGB;

trotzdem könnte ein entsprechender Anspruch des J in Frage stehen, da er lediglich aufgrund einer Leihe berechtigt ist, die nur zum Gebrauch der Sache ermächtigt, nicht aber zum Erwerb der Früchte, vgl. § 100 BGB; für letzteres bedürfte es einer zusätzlichen Vereinbarung zwischen dem wahren Berechtigten = Eigentümer und dem Entleiher, dass ihm dies zustünde;
aber zu einem sachgemäßen Umgang mit dem Tier gehört, dass auch die Früchte gezogen werden, unabhängig davon, wem sie zustehen, anderenfalls könnte sich der Besitzer ersatzpflichtig machen; diese Pflicht ging gemäß § 687 Abs. 2 BGB / § 677 BGB auf den Geschäftsführer über und ist Bestandteil der Geschäftsführung geworden

Herausgabe des Kalbs; hinsichtlich Milch trat Unmöglichkeit der Herausgabe ein, daher Wertersatz nach §§ 280 Abs. 1, 3; 283; 251 BGB

2. § 678 BGB, Schadensersatz,

zusätzliche Voraussetzung:
Geschäftsführer musste erkennen, dass er nicht gem. dem Willen des Geschäftsherrn handelte; liegt in aller Regel vor, *Medicus/Petersen* BR Rn. 417; so auch hier
(Anm.: Hier wesentlicher Unterschied zu Anspruch aus EBV, der auch Verschulden hinsichtlich der Schadensverursachung verlangt)

Schaden: Wertverlust an Kuh

3. Gegenrecht des D gemäß § 687 Abs. 2 S. 2 BGB / § 684 S.1 BGB / §§ 812 ff. BGB

a) geltend zu machen über § 273 Abs. 1 BGB oder § 322 Abs. 1 BGB
§ 687 Abs. 2 S. 2 BGB verbindet die Ansprüche nicht im Sinne eines gegenseitigen Vertrages, sondern stellt eine Bedingung auf, unter der der Anspruch geltend gemacht werden darf; denn die Geltendmachung der Ansprüche gilt nicht als Genehmigung des Geschäfts i.S.v. § 684 S. 2 BGB; Arg.: auf diese Norm wird in § 687 Abs. 2 BGB nicht verwiesen (Palandt/*Sprau* § 687 Rn. 2f.)

b) Vorauss.: J macht Anspruch aus § 687 Abs. 2 BGB geltend

c) Problem Umfang: „Herausgabe, was er durch Geschäftsführung erlangte“

entspräche gerade dem Nutzungen, die über § 667 BGB herauszugeben wären; daher ist die Norm teleologisch dahingehend auszulegen, dass nur die gemachten Aufwendungen zu ersetzen sind

Daher gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz für Futterkosten, außer J kann Entreicherung nachweisen.

Dies führt zu Verurteilung „Zug um Zug“.

c) Ansprüche aus unerlaubter Handlung

I. § 823 Abs. 1 BGB **923**

1. Anwendbarkeit

könnte nach § 993 Abs. 1 a.E. BGB ausgeschlossen sein; aber § 992 BGB sieht im Fall der verbotenen Eigenmacht gerade die Anwendbarkeit vor;

unerheblich ist der Streit, ob die verbotene Eigenmacht schuldhaft geschehen sein musste (vgl. *Pinger* Das EBV, 16. Problem), da hier ein Verschulden des D gegeben ist.

2. Verletzung eines entsprechenden Rechts:

hier allenfalls Besitz als „sonstiges Recht“

Besitz eigentlich nur ein tatsächliches Verhältnis und kein Recht, vgl. *Staake,* Gesetzl. SchV, S. 195

hier aber ausdrückliche Verweisung über §§ 1007 Abs. 3, 992 BGB wenngleich Rechtsgrundverweisung, so dass dies die Annahme einer geschützten Rechtsposition nahe legt; zudem hat Besitz im vorliegenden Fall eine verdinglichte Position, wie sie nach der Systematik der Norm für das „sonstige Recht“ maßgeblich ist: J werden sowohl die Nutzungen zugeschrieben als auch allgemein Abwehrrechte zuerkannt, §§ 861 ff. BGB

3. Verletzungshandlung / Kausalität, / Zurechnung / Rechtswidrigkeit / Verschulden (+)

4. Schaden: Wertverlust der Kuh

924 II. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 858 BGB (+)

§ 858 BGB als Schutzgesetz ist streitbar, wird wohl von h.M. aber dennoch bejaht, s. bereits schon BGH NJW 2009, 2530 (Abschleppfall).

d) Anspruch aus Bereicherungsrecht, § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB

925 1. Anwendbarkeit

d.h. kein Ausschluss nach § 993 Abs. 1 a.E. BGB

- § 993 BGB bezieht sich nur auf Nutzungen und auf Schadensersatz; hinsichtlich der entzogenen Sache selbst kann die Norm nicht eingreifen
- bei Nutzungen und Schadensersatz werden unterschiedliche Ansichten vertreten:

H.M.: §§ 987 ff. BGB enthalten erschöpfende Sonderregelungen, die den redlichen, unverklagten, entgeltlichen Besitzer privilegieren sollen

A.A.: §§ 987 ff. BGB und §§ 812 ff. BGB stehen in Anspruchskonkurrenz, da §§ 987 ff. BGB nur der erhöhten Gefahrenlage für den Eigentümer Rechnung tragen sollen, die durch das Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum entstand (so *Westermann/Gursky/Eickmann* § 30 Rn. 10 ff.)

zu den sonstigen vielfältigen Argumenten: *Pinger* Das EBV, 10. Problem m.w.N.

2. § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB
hinsichtlich der Herausgabe der Kuh (+)

****

II. Übersichten zum Besitz

1. Funktionen des Besitzes

a) Offenkundigkeit, Erhaltungsfunktion, Schutzfunktion

Offenkundigkeit:

*Übereignung*swirkung nach den §§ 929 ff. BGB, Verpfändung nach §§ 1205 f. BGB

*Rechtsschein*wirkung insbesondere des unmittelbaren Besitzes gem. §§ 932 – 934 BGB

*Vermutungs*wirkung nach § 1006 BGB

Erhaltungsfunktion:

*Sicherungs*wirkung nach § 935 Abs. 1 BGB

*Verstärkungs*wirkung nach §§ 986 Abs. 2, 566 BGB

*Ersitzungs*wirkung nach §§ 927, 937 BGB

Schutzfunktion:

ausdrücklich an den Besitz anknüpfend: §§ 859, 861, 862, 867, 1007 BGB

§ 823 BGB, soweit Besitz als sonstiges Recht angesehen werden kann (str.)

§ 812 BGB: Besitz als Vermögenswert

b) Besitzschutz

bei **Störung**

Selbsthilfe nach § 859 Abs. 1 BGB

bei **Entzug**:

Selbsthilfe nach § 859 Abs. 2 BGB für bewegliche; nach § 859 Abs. 3 für unbewegliche Sachen

Bei **Vorenthaltung** und **Beeinträchtigung** entstehen ***Ansprüche*** aus

- § 861 BGB (possessorisch)
- § 862 BGB (”)
- § 867 BGB (”)
- § 1007 BGB

Bei **Verletzung**. Schadenersatz aus ***Delikt*** gem. § 823 Abs. 1 BGB, soweit der Besitz als sonstiges Recht geschützt ist (str.)

Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach §§ 812 ff. BGB, da Besitz ein vermögenswertes Etwas i.S.d. § 812 BGB ist.

Merke: Bei § 818 Abs. 2 BGB nur Wertersatz für ***Besitz***, nicht Eigentum

2. Besitzarten

Unmittelbarer Besitz						
§ 854 Abs. 1 BGB: Tatsächliche Sachherrschaft		„Vergeistigte oder normative“ Sachherrschaft “Gedachter und geachteter“ Besitz“				
		§ 854 Abs. 2 BGB: In der Lage sein, die Gewalt über die Sache auszuüben.		§ 855 BGB: ausgeübt durch Besitzdiener		§ 857 BGB: Erbenbesitzer

Erwerb:	**Derivativ** (durch Übertragen = Übergabe) oder **originär,** d.h. durch Besitzergreifung oder Gelangen der Sache in den Herrschaftsbereich bei allgemeinem (tatsächlichem) Besitzwillen(vgl. BGHZ 101, 187 ff.)
Beendigung (§ 856 BGB):	**Willentliche Aufgabe** der tatsächlichen Gewalt oder **Verlust in anderer Weise** (s. auch § 935 Abs. 1 S. 1 BGB: Abhandenkommen)

Mittelbarer Besitz	
1). Besitzmittlungswillen des unmittelbaren Besitzers **2)** Besitzmittlungsverhältnis: = konkret bestimmtes Verhältnis, kraft dessen der unmittelbare Besitzer zeitlich begrenzt zum Besitz an der Sache berechtigt ist. Bsp.: Miete, Leihe, Verwahrung, Pfand, Nießbrauch etc.; nach h.M. kommt es auf die Wirksamkeit nicht an. **3)** Herausgabeanspruch	**Beendigung:** • Unmittelbaren Besitzes verliert seinen unmittelbaren Besitz (freiwillig oder unfreiwillig; vgl. § 935 Abs. 1 S. 2 BGB). • Unmittelbarer Besitzer gibt äußerlich erkennbar den Besitzmittlungswillen auf (häufig Unterschlagung).

Bsp. für **Mehrstufigkeit (§ 871 BGB)**: B stellt ein vom Eigentümer A gemietetes Fahrzeug dem C unentgeltlich zur Verfügung (Leihe)

A:
Mittelbarer Besitzer 2. Stufe = Eigenbesitzer i.S.d. § 872 BGB

B:
Mittelbarer Fremdbesitzer erster Stufe

C:
Unmittelbarer Fremdbesitzer

Eigenbesitzer: Besitzt **als** ihm gehörend (vgl. § 872)

Fremdbesitzer mit Besitzmittlungswillen

Unterscheidung rechtlich relevant bei §§ 836 Abs. 3, 937, 955 BGB und im EBV

Unterscheidung nach Umfang der Sachherrschaft (Teilbesitz und Mitbesitz)		
Alleinbesitz	Mitbesitz (schlicht oder gesamthänderisch; § 866 BGB)	Teilbesitz (§ 865 BGB)

3. Prüfungsschema zu § 1007 BGB

926 Entgegen dem verwirrenden Gesetzaufbau empfiehlt sich zu § 1007 BGB folgende Prüfungsreihenfolge:

a) Voraussetzungen für den Anspruch

(1) Früherer Besitz des Anspruchstellers

Jede Art von Besitz (unmittelbar, mittelbar etc.)

(2) Entweder

Bösgläubigkeit des seinerzeit nicht besitzberechtigten **Anspruchgegners** beim Besitzerwerb (positive Kenntnis und grobe Fahrlässigkeit schaden), § 1007 Abs. 1 BGB
oder
Abhandenkommen der Sache beim **Anspruchsteller** (außer Geld und Inhaberpapiere), § 1007 Abs. 2 BGB.

b) Ausschluss des Anspruchs (Beweislast !)

(1) Gründe nach § 1007 Abs. 3 BGB:

1. Bösgläubigkeit des **Anspruchstellers** beim **eigenen Besitzerwerb**
2. **Aufgabe des Besitzes** durch **Anspruchsteller**

(2) Gründe nach § 1007 Abs. 2 BGB:

1. **besseres Besitzrecht** gegenüber **Anspruchsteller** (insb. Eigentum)
2. **abhanden kommen** der Sache beim **Anspruchsgegner** vor Besitzzeit des Klägers

927 So Jauernig/*Berger* § 1007 Rn. 2f.; ähnlich Palandt/*Herrler* § 1007 Rn. 3 ff. (allerdings getrennt nach den beiden Alternativen bei den Anspruchsvoraussetzungen). Etwas anders wiederum Kollhosser, JuS 1992, 567, 571 (nachlesen!)

928 **Beachte**:
Anspruch aus § 1007 BGB kann **neben** § 861 BGB und neben § 985 BGB stehen (Anspruchskonkurrenz). Trifft häufig zu und § 1007 BGB sollte dann nur zur Vollständigkeit kurz erwähnt werden.

929 Anders nur bei Anspruch des

1. **Nichteigentümers** gegen
2. **nicht fehlerhaften Besitzer** aus „besserem Besitzrecht“
   (vgl. Gundula als Erbin nach ihrer Mutter gegen K).
3. oder Ablauf der Fristen in §§ 861, 862 BGB

Dann hat § 1007 BGB eine **eigenständige** und **wichtige** Bedeutung!

III. Zur Nacharbeit:

Zum Besitz insb.:

Gies/Omlor, Der Besitz und sein Schutz im System des BGB, **JuS 2013, 12**.

Interessante Rechtsprechung zu § 1006 BGB:

LG Bonn vom 25.6.2002 – 18 O 184/01, NJW 2003, 673: Zur Anwendung von § 1006 Abs. 1 und Abs. 2 BGB im Falle jahrzehntelang verschwundener Gemälde, bei denen nicht zu klären ist, auf welche Weise sie aus dem Besitz eines ehemalig Berechtigten gelangt sind (Parallele zum Gundula-Fall). Unbedingt lesen!

OLG Nürnberg NJW-RR 2001, 3 = JuS 2001, 186 *Hohloch*: Voraussetzungen für Eigentumsvermutung zugunsten der Ehefrau hinsichtlich einer Halskette; zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Damenhalskette ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Ehefrau bestimmt ist.

BGH NJW 2015, 1678: Zu der Vermutungswirkung von Sachen in den Räumen des Arbeitgebers.

Literatur zu § 1006 BGB:

Schreiber, Die Eigentumsvermutung für den Besitzer, JURA 2003, 392

C. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV)

I. Fall: Scherben bringen Glück (Schadensersatz im EBV) 139
1. Vase 1 140
a) Haftung gem. § 989 BGB? 140
b) § 990 Abs. 1 BGB? 140
c) § 992 BGB i.V.m deliktischen Ansprüchen 140
2. Vase 2 140
3. Vase 3 140
4. Vase 4 141
5. Zusammenfassung Vase 1-4 141
II. Porschefall I (Nutzungen im EBV) 141
Lösung: 141
1. Anspruch des E gegen F 141
2. Anspruch des E gegen S 142
III. Fall: Ärger mit der Werkstatt 143
1. Lösung 143
Anspruch aus § 985 BGB 143
a) Eigentum des Anspruchsstellers 143
b) Recht zum Besitz des W (§ 986 BGB) 143
(1) Zurückbehaltungsrecht 143
(2) Unternehmerpfandrecht gem. § 647 BGB 143
(a) Problem: Unternehmerpfandrecht, gutgläubiger Erwerb gem. § 1207 BGB 143
c) Zurückbehaltung aus Verwendungsersatz nach EBV-Regeln (Rechtsprechung) 144
2. Nacharbeit: 144
IV. Porschefall II 144
1. Variante 1 (Verwendungen im EBV) 144
a) Ersatz der Kosten für die Motorüberholung in Höhe von Euro 4.500 als notwendige Verwendungen gem. § 994 Abs. 1 S. 1 BGB 145
b) Ersatz der Kosten für die Hifi-Anlage als nützliche Verwendungen gem. § 996 BGB 145
c) Ersatz der Kosten für die Inspektion als gewöhnliche Erhaltungskosten (§ 994 Abs. 1 S. 2 BGB) 145
2. Porschefall - Variante Bösgläubigkeit 145
a) Einbau des Austauschmotors 145
b) Einbau des Radios 146
c) Kosten für die Inspektion 146
3. Durchsetzung des Ersatzanspruchs für Verwendungen 146
V. Fall: Diebstahl der Zuchtstute (Verwendungen, Nutzungen, rechtsgrundlos = unentgeltlich) 146
1. Lösungshinweise Ausgangsfall 147
a) Anspruch gegen N auf Schadenersatz 147
(1) § 989 BGB 147
(2) §§ 990 Abs. 1 S. 1; 989 BGB 147
(3) §§ 990 Abs. 1 S. 2; 989 BGB 147
(4) §§ 990 Abs. 2, 286, 287 BGB 147
(5) § 992 BGB 147
(6) §§ 823 ff. BGB 147
(7) Zwischenergebnis: 147
b) Anspruch gegen N auf Herausgabe des Fohlens 147
(1) § 985 BGB 147
(2) § 987 Abs. 1 BGB 148
(3) § 988 BGB 148
c) Ansprüche der N gegen E auf Verwendungsersatz § 994 Abs. 1 BGB 148
2. Variante: G hat das Pferd behalten und genutzt 148
a) Schadenersatz für die Stute 148
(1) § 989 BGB 148
(2) §§ 990 Abs. 1 S. 1, 989 BGB 149
(3) §§ 990 Abs. 1 S. 2, 989 BGB 149
(4) §§ 990 Abs. 2, 284, 285, 287 BGB 149
b) Herausgabe der Nutzungen 149
(1) Anspruch aus § 988 BGB 149
c) Ersatz der Verwendungen 149
(1) § 994 Abs. 1 BGB 149
3. Variante 2 149
VI. Zum Nacharbeiten: 150

I. Fall: Scherben bringen Glück (Schadensersatz im EBV)

Der Antiquitätenhändler A hat von verschiedenen Anbietern wertvolle Vasen (Vasen 1 - 4) günstig eingekauft, die er - nach gewisser Zeit - zu einem wesentlichen höheren Preis weiter verkaufen will. Bei einer Vase (Vase 1) hat er sofort erkannt, dass sie einem ihm bekannten Sammler gestohlen worden ist. Während die Vasen noch außerhalb der Verkaufsräume gelagert sind, bekommt A Besuch von der Polizei, die ihm Fotos der (gestohlenen) Vasen vorlegt. A erkennt nicht nur die Vase 1, sondern alle, sagt dies aber nicht. Die Polizei belehrt ihn, dass Hehlerei strafbar sei und dass an Diebesgut kein Eigentum erworben werden könne. A beschließt daraufhin, die Vasen vorläufig im Lager zu lassen und nicht zum Verkauf anzubieten. Nach einiger Zeit gehen allerdings die Vase 1 und Vase 2 zu Bruch. Das Regal, auf dem sie stehen, bricht zusammen. Für A war dies vorher nicht erkennbar. Das Regal ist vom Holzwurm zerfressen und zwar von einer Holzwurmart, die ihr Werk im Geheimen vollbringt und nicht durch das Bohren von Löchern nach außen erkennbar wird (tibetanischer Holzwurm, der durch eine Gebetsmühle eingeschleppt worden ist, die A auf dem fraglichen Regal aufbewahrt hat). **930**

Die dritte Vase wird von der Dame, die das Lager des A jede Woche reinigt, beim unsorgsamen Hantieren mit dem Staubwedel heruntergeworfen und ist ebenfalls kaputt.

Nachdem die restliche Vase (4) noch einige Zeit im Lager gestanden hat, meint A schließlich, dass nun genug Gras über die Sache gewachsen sei, und er stellt sie in seinem Schaufenster aus. Das Opfer des Diebstahls, der Eigentümer E4, sieht sie bei seinem Abendspaziergang, der ihn seit der Tat allabendlich vor die Schaufenster der örtlichen Antiquitätenhändler treibt. Am nächsten Morgen geht er zu seinem Anwalt, der den A energisch schriftlich auffordert, die Vase sofort herauszugeben, andernfalls erfolge Strafanzeige. In der folgenden Nacht wird die Vase bei A gestohlen, der zur Sicherung seines Geschäftes alle erforderlichen Maßnahmen getroffen hat. Haben die Eigentümer der Vasen (E1-E4) gegen A Ansprüche auf Schadensersatz?

Zum EBV im Allgemeinen siehe auch Teil I, S. 42ff.

1. Vase 1

931 Anspruch des E1 gegen A. Ein Eigentümer-Besitzerverhältnis (Vindikationslage) liegt vor. A kann allerdings die Vase nicht mehr herausgeben.

a) Haftung gem. § 989 BGB?

932 Rechtshängigkeit vor dem maßgeblichen Ereignis nicht gegeben.

b) § 990 Abs. 1 BGB?

933 Spätestens nach der Aufklärung durch die Polizei wusste A positiv, dass er kein Recht zum Besitz hat (insbesondere war ihm klar, dass er nicht gutgläubig erworben hatte).

Die Haftung aus § 989 BGB setzt allerdings Verschulden am Untergang der Sache voraus. Ein Verschulden liegt aber nicht vor, da K nicht erkennen konnte, dass das Regal von Holzwürmern von innen heraus aufgefressen wurde.

Eine Haftung nach §§ 990 Abs. 1, 989 BGB kommt also nicht in Betracht.

c) § 992 BGB i.V.m deliktischen Ansprüchen

934 Weiterhin ist aber eine Haftung nach § 992 BGB ins Auge zu fassen.

Wenn sich A den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat verschafft hätte, würde er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haften.

Wäre damit E1 in einer besseren Position? Was bedeutet Haftung nach den Vorschriften über den Schadensersatz über unerlaubte Handlungen?

935 § 992 BGB ist Rechtsgrundverweisung, insbesondere auf § 823 Abs. 1 BGB, d.h. es muss eine mindestens fahrlässige Eigentumsverletzung vorliegen (s. Jauernig/*Berger* § 992 Rn. 3). Schuldhafte Eigentumsverletzung liegt allerdings meistens schon in der Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder Straftat. Wenn nicht, ist für nachfolgende Eigentumsverletzung Verschulden erforderlich (*Berger* s.o.).

936 Hier: Straftat ist § 259 StGB = Hehlerei (Ankauf einer gestohlenen Sache mit entsprechendem Vorsatz). Gleichzeitig unerlaubte Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 259 StGB).

Tragweite für Ersatzansprüche des Eigentümers?

Die Zerstörung der Vase ist später durch den Holzwurm geschehen; insofern **kein Verschulden** des A. Aber: Ohne die verbotene Eigenmacht/schuldhafte Eigentumsverletzung hätte keine solche Zerstörung stattgefunden; insofern ist die Straftat/unerlaubte Handlung durchaus **kausal** für die Zerstörung. Vor möglicherweise schwierigen Erwägungen zur Kausalität beachte aber § 848 BGB: Wenn eine Rückgabepflicht wegen unerlaubter Handlung besteht, greift auch eine **Haftung** für **Zufall ein**, es sei denn der Schaden wäre ohnehin eingetreten (Beweislast!). Hier: Es ist – bis zum Beweis des Gegenteils durch A - davon auszugehen, dass die Vase an ihrem ursprünglichen Standort nicht durch Einwirkung von Holzwürmern zerstört worden wäre.

937 Ergebnis zu Vase 1: Über § 992 BGB ist allgemeines Deliktsrecht anwendbar mit Haftung für Zufall gem. § 848 BGB. E1 kann von A Schadenersatz in Höhe des Vasenwertes verlangen.

Zum Verständnis des § 992 BGB: *Kempny*, JuS 2008, 858.

2. Vase 2

938 Anspruchsgrundlage wie zu Vase 1, d.h. allenfalls Haftung aus § 992 BGB. Aber: Hat A sich die Vase 2 durch verbotene Eigenmacht oder durch unerlaubte Handlung beschafft?

Unerlaubte Handlung = Hehlerei ist nicht gegeben. Beim Erwerb wusste er nicht positiv von dem Diebstahl dieser Vase. Hehlerei verlangt Vorsatz.

939 Verbotene Eigenmacht?

Verbotene Eigenmacht ist bekannt: Entziehung des Besitzes gegen den Willen des Besitzers ohne Gestattung durch das Gesetz (§ 858 Abs. 1 BGB). K hat allerdings seinen Besitz von den Veräußerer erlangt, der ihm diesen übertragen hat. Nicht K, sondern der Dieb hat verbotene Eigenmacht begangen.

940 Eine verschärfte Haftung aus §§ 992, 848 BGB kommt also hinsichtlich der Vase 2 nicht in Betracht.

3. Vase 3

941

Keine Haftung gem. § 992 BGB (s. Vase 2), aber allgemeine Regeln § 989, 990 kommen für eine Haftung in Betracht. Nach Besuch der Polizei hatte A positiv erfahren, dass er kein Besitzrecht hatte (§ 990 Abs. 1 Satz 2). Damit besteht eine Haftung gem. § 989 BGB. § 989 BGB verlangt allerdings bekanntlich ein Verschulden des Besitzers. Lässt sich das Verschulden der Reinigungsfrau zurechnen?

Eine Zurechnung kommt nach § 278 BGB in Betracht, wenn die Reinigungsfrau Erfüllungsgehilfin des K war. Voraussetzung für die Eigenschaft als Erfüllungsgehilfin ist zunächst, dass überhaupt ein Schuldverhältnis vorliegt. Hier ist auf die Bemerkungen zur Anwendbarkeit von §§ 285 i.V.m. 985 BGB zurückzukommen. Es handelt sich dabei zwar um einen dinglichen Anspruch, aber auch für dingliche Ansprüche gelten die allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen (ebenso BGB AT). Zum Eigentümer-Besitzerverhältnis lässt sich sogar feststellen, dass es sich um ein Schuldverhältnis, und zwar um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis begründet Verpflichtungen, die sich aus den §§ 987 ff. BGB ergeben. Zur Erfüllung dieser Verpflichtungen kann ein Gehilfe eingeschaltet sein. Aus §§ 990, 989 BGB ergibt sich, dass eine Pflicht besteht, die Integrität der betroffenen Sache zu bewahren. **942**

Die Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe liegt vor, wenn eine Person mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn in dessen Pflichtenkreis eingebunden ist. Man darf also keinesfalls darauf abstellen, dass die Reinigungsfrau, als sie die Vase herunterstieß, keine konkrete Verpflichtung des K erfüllt hat. Entscheidend ist, wie immer bei § 278 BGB, ob ein Zusammenhang mit dem fraglichen Pflichtenkreis besteht, oder nur ein Handeln "bei Gelegenheit". **943**

Hier ist die Reinigungsfrau zweifellos im Zusammenhang mit dem Pflichtenkreis des K als Besitzer mit Wissen und Wollen des K eingeschaltet worden. Das Verschulden der Reinigungsfrau ist somit A zuzurechnen.

A haftet also nach §§ 990 Abs. 1 S. 2, 989 i.V.m. § 278 BGB. **944**

4. Vase 4

Prüfung wie vorher (Bösgläubigkeit i.S. positiver Kenntnis ab Besuch der Polizei), aber nun kann kein Verschulden des A bejaht werden. Hier kommt allerdings eine Haftung nach § 990 Abs. 2 BGB i.V.m. § 287 BGB in Betracht. **945**

Verzug (beachte: Gesetz setzt Anwendung der allgemeinen schuldrechtlichen Regeln voraus!) lag hier vor: Der Anspruch auf Herausgabe war fällig und in dem Anwaltsschreiben liegt eine Mahnung (ernsthafte Leistungsaufforderung). Die Anwendung der nach § 990 Abs. 2 BGB zugelassenen Verzugsregeln hat zur Folge, dass der Besitzer nach § 990 BGB i.V.m. § 989 BGB nicht nur für verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe, sondern auch für durch Zufall herbeigeführte Unmöglichkeit der Herausgabe haftet (der in § 287 vorgesehene Gegenbeweis ist nicht aussichtsreich). Die Haftung des K lässt sich also auf den Diebstahl stützen, auch wenn er sämtliche erforderlichen Sicherungsmaßnahmen getroffen hat. **946**

5. Zusammenfassung Vase 1-4

K haftet also gegenüber E auf Schadensersatz wegen der **947**

- Vase 1 (§ 992, 823, 848), wegen **deliktischem** Erwerb auch bei **Zufall**
- Vase 3 (§ 989, 990), nach eingetretener Kenntnis für **Verschulden**, auch eines Erfüllungsgehilfen
- und Vase 4 gemäß §§ 990, 989, 287 BGB (nach **Bösgläubigkeit** und **Verzug** auch für Zufall (wie Vase 1)
- Vase 2 überhaupt nicht (keine Rechtshängigkeit, kein bösgläubiger Erwerb, allerdings nachfolgende Kenntnis, aber kein Verschulden an Zerstörung, kein deliktischer Erwerb mit Verweis auf Deliktsrecht und Haftung wg. Zufall).

****

II. Porschefall I (Nutzungen im EBV)

Der Student S hat ein Auge auf eine Kommilitonin geworfen, bei der er allerdings nicht auf positive Resonanz stößt. Im Gegenteil hat er den Eindruck, dass sie sein umweltpolitisches Engagement nicht ernst nimmt. Wegen seines Engagements für den öffentlichen Nahverkehr hat sie ihn abschätzig als "Busfahrer" tituliert. Ihm ist dagegen aufgefallen, dass sie mit Kommilitonen, die über attraktive Fahrzeuge verfügen, ganz anders umgeht, und zwar mit gesteigerter Freundlichkeit direkt proportional zur Hubraumgröße des betreffenden Fahrzeugs. S ist hin- und hergerissen zwischen Ökologie und anderen Anliegen. Als sich eine gute Gelegenheit bietet, kann er der Versuchung nicht widerstehen. Sein guter Freund F hat seit einiger Zeit einen schwarzen Porsche, den er bisher für Teufelszeug gehalten hat. Als F für zwei Wochen in die Südsee fährt und ihm zunächst im Scherz den Wagen für zwei Wochen zur "Aufbewahrung" anbietet, stellt S zugunsten vorrangiger Ziele seine ökologischen Bedenken zurück. Er übernimmt für zwei Wochen das Fahrzeug und benutzt es während dieser Zeit zu dem beabsichtigten Zweck. **948**

In der zweiten Woche stellt sich allerdings heraus, dass der Porsche gestohlen war. F hatte ihn erworben, ohne die professionell gefälschten Fahrzeugpapiere als solche zu erkennen.

Der Eigentümer E verlangt von F und von S Nutzungsersatz.

Zu Nutzungen im EBV, siehe auch Teil I, S. 45f.

Lösung:

1. Anspruch des E gegen F

Zwischen E und F hat eine Vindikationslage bestanden. F war Besitzer (**Eigenbesitzer, § 872 BGB), und zwar** (vor und nach der Überlassung an S) unmittelbarer**.** Ihm stand auch kein Besitzrecht gegenüber dem Eigentümer zu. Mangels **Rechtshängigkeit** und **Bösgläubigkeit** kommt eine Haftung auf Nutzungsersatz nach §§ 987 und 990 BGB **nicht** in Betracht. **949**

Auch eine Haftung auf Nutzungsersatz nach § 988 BGB scheidet von vornherein aus. F hat das Fahrzeug **gekauft**, also nicht den Besitz **unentgeltlich** erlangt.

2. Anspruch des E gegen S

950 Auch hier liegt eine Vindikationslage vor.

Hinsichtlich § 987 BGB und § 990 BGB gilt für S das gleiche wie für F.

Greift § 988 BGB ein?

951 War S Eigenbesitzer nach § 872 BGB?

Nein.

Nutzungsrecht **an der Sache**?

952 Ausdrücklich erwähnt sind **zwei Fälle**:

1. Derjenige, der als Besitzer eine Sache **als ihm gehörig** besitzt (**Eigenbesitzer** nach § 872 BGB).
2. Derjenige, der zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden **Nutzungsrechts an der Sache** besitzt.

S war kein Eigenbesitzer (Fremdbesitzer als Entleiher, F als mittelbarer Besitzer).

„An der Sache" bedeutet eigentlich **dinglich**; vgl. § 95 BGB.

953 Hier allerdings ausnahmsweise anders (allgemeine Auffassung). Wie bereits erwähnt ist die Vorschrift letztlich auf **jeden Besitzer** anwendbar, der seinen Besitz **unentgeltlich** erworben hat.

S hat aufgrund eines **vermeintlichen obligatorischen Nutzungsrechtes** (gegenüber dem F als angeblichen Eigentümer) die Sache besessen.

S hat im Gegensatz zu F den Besitz auch **unentgeltlich** erlangt, so dass er nach § 988 BGB dem Eigentümer gegenüber zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet ist, allerdings nach den **Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung** (Rechtsfolgenverweisung, insbesondere auf § 818 Abs. 3).

954 Was muss S jetzt zahlen?

Die Kosten für einen Porsche als **Mietwagen** sind enorm hoch (je nach Modell zwischen 125 und 175 Euro pro Tag). Es kämen also über 1.500 Euro zusammen. Als Grundlage kommt auch in Betracht, die für die Abwicklung von Unfallschäden geltenden **Tabellen für Nutzungsentschädigungen** heranzuziehen: Porsche Carrera 75 Euro (Betrag, den man als Schadensersatz erhält, wenn das Fahrzeug nicht zur Verfügung steht und nicht durch einen Mietwagen ersetzt wird).

Aus der Anwendung der bereicherungsrechtlichen Regeln ergibt sich allerdings (§ 818 Abs. 3 BGB), dass es darauf ankommt, inwieweit der Empfänger **noch bereichert** ist (Rechtsfolgenverweisung).

955 Zum besseren Verständnis kann man auf die eher geläufige **Berechnung des Schadensersatzes** zurückgreifen. Nach § 249 BGB ist der Zustand herzustellen, der bestehen **würde**, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand **nicht eingetreten wäre** (Naturalrestitution). Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die Wiederherstellung in Natur, sondern auch für die **Geldentschädigung**. Man muss also **hypothetisch** ermitteln, welcher **Zustand** ohne das schädigende Ereignis eingetreten **wäre**. Der so ermittelte Bestand des Vermögens ist mit dem real existierenden Vermögen zu vergleichen. Die so ermittelte Differenz ist auszugleichen (**Differenzhypothese**).

956 Entsprechendes gilt im umgekehrten Sinne beim **Bereicherungsausgleich**. Es ist zu fragen, wie der Vermögensstand **wäre**, wenn das bereichernde Ereignis nicht eingetreten **wäre** (hypothetisches Vermögen). Die Differenz, um die das jetzige (reale) Vermögen **größer** ist, muss als Bereicherungsausgleich abgeführt werden. Dies ist nämlich die noch verbleibende Bereicherung nach Berücksichtigung des § 818 Abs. 3 BGB.

957 Es ist also zu fragen, inwieweit sich der jetzige Vermögensbestand von dem unterscheidet, der sich ergeben hätte, wenn S den Porsche nicht genutzt hätte. Hierbei sind nur **Vermögensvorteile** zu berücksichtigen, die Kommilitonin zählt nicht. Bei rein finanzieller Betrachtung wird man feststellen müssen, dass eine Differenz im Vermögensbestand insoweit besteht, als S allenfalls (Jahres-Umweltticket oder Semesterticket ist wahrscheinlich) die Kosten für die Busfahrten gespart hat (z.B. pro Woche 10 x 2,00, d.h. 20 Euro, insgesamt bei zwei Wochen also 40 Euro). Allerdings schlägt auch zu Buche, dass S Aufwendungen für Benzin gehabt hat. Wenn man annimmt, dass er nur einmal für 25 Euro getankt hat, ist er also noch um 15 Euro bereichert. Diese Vermögensdifferenz muss er herausgeben, also an den Eigentümer zahlen. Dies ist ausgesprochen wenig für die zweiwöchige Nutzung eines Porsches. Hier liegt aber gerade der Sinn der **Begrenzung auf die noch vorhandene Bereicherung.**

958 Beachte die Berücksichtigung **persönlicher Umstände**: Wenn es um einen Besitzer ginge, der sich andernfalls ein anderes Fahrzeug **gemietet** hätte, so wären eben die Kosten dieses Fahrzeugs zu ersetzen gewesen. Insofern kommt die **individuelle Situation des Besitzers** entscheidend zum Tragen.

959 Als Sinn des § 988 BGB lässt sich aus diesem Fall sehr schön ableiten, dass **keine Freigiebigkeit** zu **Lasten** des **Berechtigten** stattfinden soll, aber der **gutgläubige**, **unentgeltlich nutzende** Besitzer soll so gestellt werden, als habe die fragliche Zuwendung nicht stattgefunden. Ein etwaiger **Gewinn** im **Nettovermögen** wird **abgeschöpft**.

Zu den Kosten des S (Verwendungen) anhand der Alternativen später.

****

III. Fall: Ärger mit der Werkstatt

A hat sich ein teures Auto der Marke J. gekauft. Hierfür hat er einen Kredit von der Bank G in Höhe von 20.000 Euro benötigt. In diesem Zusammenhang hat er bei der Bank ein Papier unterschrieben, dass als "Sicherungsübereignung" bezeichnet war. Nach Ablauf der Garantiezeit treten größere Mängel auf. A bringt das Fahrzeug zur Reparatur in die Werkstatt W. Als Defekt stellt sich ein Getriebeschaden heraus und der damit erforderliche Austausch kostet 3.000 Euro. Dies übersteigt die finanziellen Möglichkeiten des A, so dass das Fahrzeug bei W stehen bleibt. A führt auch den Kredit nicht mehr zurück, so dass die Bank schließlich anhand der Darlehensbestimmungen den Vertrag wirksam kündigt. Die Bank verlangt von W das Fahrzeug heraus. W will dagegen Zahlung der Reparaturkosten und er beruft sich darauf, dass er von der wahren Eigentumslage keine Kenntnis hatte. **960**

Vgl. BGHZ 34, 122; 34, 153; 87, 274, 280; s.a. BGHZ 68, 323; 101, 307; *Medicus/Petersen* BR Rn. 587 ff. m.w.N.; *Gursky*, 20 Probleme aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Problem Nr. 19 und 20; dieser Fall ist auch in der Konstellation **Leasinggeber** – Werkunternehmer denkbar, siehe BGH vom 24.6.2002 in NJW 2002, 2875 = JuS 2002, 1230 *K. Schmidt*

Zum Zurückbehaltungsrecht bei Verwendungsersatz siehe auch Teil I, S. 54

1. Lösung

Anspruch aus § 985 BGB

Als Grundlage für den Anspruch der Bank gegen W kommt § 985 BGB in Betracht. **961**

Voraussetzungen:

- **Eigentum** des Anspruchsstellers,
- **Besitz** des Anspruchsgegners, der
- kein Recht zum Besitz hat (§ 986 BGB).

a) Eigentum des Anspruchsstellers

Das Eigentum der B kann sich nur auf die im Sachverhalt erwähnte **Sicherungsübereignung** stützen. **962**

> Stichworte zur Wiederholung der Sicherungsübereignung: Faustpfandprinzip (§ 1205 BGB) als zwingendes Wirksamkeitserfordernis (Publizität), § 1229 BGB (Verbot der Verfallvereinbarung). Dennoch: Sicherungsübereignung zulässig (RGZ 57, 177; BGH NJW 1984, 1186; Hinweis auf § 223 Abs. 2 BGB, Übertragung eines Rechts zur Sicherheit).

Eine grundsätzlich zulässige Sicherungsübereignung hat hier stattgefunden, ohne dass Unwirksamkeitsgründe ersichtlich sind. Also: Wegen wirksamer Sicherungsübereignung **Eigentum der Bank**. **963**

b) Recht zum Besitz des W (§ 986 BGB)

(1) Zurückbehaltungsrecht

Ein **Zurückbehaltungsrecht** des W **gegen A** genügt nicht als Recht zum Besitz. Damit lässt sich zwar ein **Recht zum Besitz** gegenüber dem mittelbaren Besitzer begründen, der allerdings nach Darlehenskündigung seinerseits **nicht mehr** gegenüber dem Eigentümer zum Besitz berechtigt ist (§ 986 Abs. 1 S. 1 BGB). Vielmehr kommt es auf ein Recht zum Besitz **gegenüber dem Eigentümer** an (vgl. Skizze). **964**

(2) Unternehmerpfandrecht gem. § 647 BGB

In Betracht kommt ein **Unternehmerpfandrecht** nach § 647 BGB (bei Überlassung beweglicher Sachen, für Immobilien vgl. § 648 BGB – hier sind in nächster Zeit Änderung durch den Gesetzgeber zu erwarten). Danach hat der Unternehmer für seine Forderung aus dem Werkvertrag ein **Pfandrecht** an den ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie zur Ausbesserung in seinen **Besitz** gelangt sind. Die genannten Voraussetzungen liegen hier vor, allerdings mit der Ausnahme, dass es sich nicht um eine **Sache des Bestellers** gehandelt hat. Bei der Beauftragung und Durchführung der Reparatur gehörte das Auto nämlich der Bank. **965**

(a) Problem: Unternehmerpfandrecht, gutgläubiger Erwerb gem. § 1207 BGB

Hilft es dem W, dass er davon ausgegangen ist und auch davon ausgehen konnte, dass das Fahrzeug dem A gehört? **966**

Wenn man schon das Eigentum gutgläubig erwerben kann, dürfte auch der **gutgläubige Erwerb** von **Pfandrechten** möglich sein (Besteller tritt als Eigentümer auf). § 1207 BGB sieht deshalb auch einen solchen **gutgläubigen Erwerb von Pfandrechten** vor.

Allerdings hat hier A nicht im Sinne der §§ 1204 ff. BGB ein **vertragliches** Pfandrecht bestellt. Vielmehr stellt sich die Frage, ob ein **gesetzliches Pfandrecht** nach § 647 BGB vorliegt. Lässt sich § 1207 BGB auch auf ein gesetzliches Pfandrecht anwenden? Einschlägig ist § 1257 BGB. Nach dieser Vorschrift finden die Vorschriften über das rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrecht auf gesetzlich **entstandene** Pfandrechte entsprechende Anwendung. Ein großer Teil der Literatur lässt auf dieser Grundlage den gutgläubigen Erwerb eines gesetzlichen Pfandrechts zu (vgl. *Medicus/Petersen* BR Rn. 589 m.w.N.; *Reinicke/Tiedtke*, JA 1984, 202, 213). Zu beachten ist hierbei auch eine diskutierte Analogie zu § 366 Abs. 3 HGB (lesenswert dazu: *K. Schmidt,* **NJW 2014, 1**). **967**

Die **Rechtsprechung** lehnt diese Auslegung allerdings ab (BGHZ 34, 122 ff., 153 ff.; 87, 274, 280). § 1257 spreche ausdrücklich von **entstandenen** Pfandrechten, so dass die Regelungen zur **Entstehung** in §§ 1204 ff. BGB außer Betracht zu bleiben hätten. **968**

c) Zurückbehaltung aus Verwendungsersatz nach EBV-Regeln (Rechtsprechung)

969 Die Rechtsprechung erkennt aber durchaus das Bedürfnis an, dass der vorleistende Werkunternehmer gesichert sein muss. Sie löst diese Fälle an Hand der Regeln über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (BGHZ 34, 122 ff.; 51, 250 f.), freilich mit einer **eigenwilligen Wendung**.

Der Anwendung der EBV-Regeln steht nämlich eigentlich entgegen, dass **im Zeitpunkt der Verwendung** zugunsten des Werkunternehmers § 986 BGB galt (sein Auftraggeber war gegenüber Eigentümer noch zum Besitz berechtigt, der Werkunternehmer selbst auch nach dem Werkvertrag, also nach den angeführten Grundsätzen kein EBV). Die Rechtsprechung geht dagegen davon aus, dass der **Herausgabeanspruch** des Eigentümers durch den Anspruch auf Verwendungsersatz gemäß §§ 994 ff. BGB eingeschränkt wird (keine Schlechterstellung des zunächst **berechtigten** Besitzers). Dieser Blickwinkel führt zu einer ganz erheblichen Verschiebung: Es kommt nicht mehr darauf an, ob **im Zeitpunkt der Verwendung** der Besitzer einem Vindikationsanspruch ausgesetzt war; entscheidend ist vielmehr die Lage, wenn der Anspruch nach § 985 **geltend gemacht** wird.

970 Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass W die Verwendungen zwar **außerhalb einer Vindikationslage** vorgenommen hat (Recht zum Besitz aus dem Werkvertrag gegenüber A, der auf Grund der Sicherungsübereignung mit Abreden zur Überlassung des Fahrzeugs an ihn zum Besitz berechtigt war; möglicherweise sogar verpflichtet, die fragliche Reparatur vornehmen zu lassen). Auf dieser Grundlage kommt der BGH zu einem Verweigerungsrecht des Besitzers nach § 1000 BGB.

> Im Ergebnis begründet der BGH seinen Standpunkt damit, der seinerzeit **berechtigte Besitzer** dürfe **nicht schlechter** stehen als ein von Anfang an unberechtigter. Bei fehlendem Besitzrecht hätte der Werkunternehmer aber einen Anspruch auf notwendige Verwendungen nach § 994 BGB. Die schon erwähnte Literatur lehnt diese Durchbrechung der allgemeinen Anwendungsregeln zu den §§ 985 ff. BGB ab.

971 Es spricht viel für die weitere Auffassung, dass ein Werkunternehmerpfandrecht nach § 647 BGB i.V.m. § 185 BGB entsteht (so *Medicus/Petersen* BR Rn. 594, anders BGHZ 34, 122, 126). Wenn dem Besteller die auszubessernde Sache nicht gehört, so kann gleichwohl ein Pfandrecht entstehen, wenn er von dem Eigentümer **ermächtigt** ist. Bei Sicherungsübereignungen ist der Sicherungsgeber nicht nur berechtigt, sondern sogar **verpflichtet**, notwendige Reparaturen durchführen zu lassen.

972 Die **Praxis** hat sich freilich anders beholfen. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat man ungeachtet der gesetzlichen Regelungen des § 647 BGB ein **vertragliches Pfandrecht** vorgesehen. Auf ein vertragliches Pfandrecht ist ohne weiteres § 1207 BGB anzuwenden.

Hier lassen sich allerdings Bedenken anmelden, ob der Werkunternehmer **gutgläubig** ist. Immerhin will er eigentlich ein vertragliches Pfandrecht allein für den Fall, dass der Besteller nicht Eigentümer ist. Der Bundesgerichtshof hat diese Bedenken allerdings nicht aufgenommen (BGHZ 68, 323 ff. und BGHZ 101, 307 ff.). Es lässt sich aber sogar noch weitergehend der Standpunkt vertreten, bei den heutigen Marktverhältnissen (Finanzierung des Fahrzeugerwerbs, Sicherungsübereignung oder Eigentumsvorbehalt) könne man **generell** nicht davon ausgehen, dass Kraftfahrzeuge dem Halter gehören.

2. Nacharbeit:

973 S.o. bei den einzelnen Fällen.
Ferner: *Roth*, JuS 1997, 518 ff., 710 ff., 897 ff., 1087 ff. (Serie mit Fällen, *ders*., Das Eigentümer- Besitzer-Verhältnis, JuS 2003, 938.

974 Schwieriger, aber interessanter Fall zu §§ 989/990: BGHZ 108, 353 = NJW 1990, 242 (Scheckrecht, auch noch international). Belegt die große Bedeutung von §§ 990 für diesen Bereich (Wertpapierrecht)!

BGH NJW 2002, 2875 = JuS 2002, 1230 *K. Schmidt*: Fall nach dem Muster „Werkunternehmerpfandrecht gegenüber Dritten als Eigentümer", hier mit Variante Leasinggeber). Anspruch auf Verwendungsersatz, Genehmigung i.S.d. §§ 1001, 1002 (eingefügt) BGB auch i.S. einer vorherigen Einwilligung (auch Nutzungsersatz).

975 *Ranieri*, Original-Referendarsexamensklausur – Bürgerliches Recht: Probleme des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, JuS 2004, 53. *Pajunk*, JuS 2001, 42: Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Die "geliehene" Luftpumpe. Nachdrücklich zur Nacharbeit zu empfehlen: *Ebenroth/Zeppernick*, Nutzungs- und Schadensersatzansprüche im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 1999, 209 ff.

****

IV. Porschefall II

1. Variante 1 (Verwendungen im EBV)

Der Diebstahl stellt sich lange nach der Rückgabe des Wagens an F heraus. Gegenüber dem Herausgabeverlangen des Eigentümers wendet F ein, dass er erheblich in das Fahrzeug investiert hat:

- Er hat den Motor überholen lassen; dies war nach Angaben der Werkstatt angezeigt, um größeren Schaden zu verhindern. Die Überholung hat 4.500 Euro gekostet,
- er hat das vorhandene Billigstautoradio austauschen lassen durch eine Spitzenanlage im Preise von ca. 2.000 Euro
- er hat ca. 2.500 Euro für die Jahresinspektion bezahlt.

Zu Verwendungen im EBV siehe auch Teil I, S. 51f.

a) Ersatz der Kosten für die Motorüberholung in Höhe von Euro 4.500 als notwendige Verwendungen gem. § 994 Abs. 1 S. 1 BGB

Nach § 994 Abs. 1 S. 1 BGB kann der F als Besitzer Ersatz der **notwendigen Verwendungen** verlangen. **976**

Definition der Verwendungen:
Aufwendungen, die den Bestand der Sache als solche zu erhalten, wiederherstellen oder ihren Zustand verbessern.

Eine **Verbindung** mit der Sache ist nicht entscheidend (wesentlicher/unwesentlicher Bestandteil, gar kein Bestandteil, Zubehör). Entscheidend ist die **subjektive Bestimmung des Verwenders**. Z.B. auch der Erwerb eines Feuerlöschers für ein Fahrzeug ist eine Verwendung.

Eine Verwendung ist **notwendig**, wenn sie dazu dient, die **Nutzungsfähigkeit** (wieder)herzustellen oder zu gewährleisten. **977**

Im Hinblick auf die **Motorüberholung** wird dies zu bejahen sein. Nach Angaben der Werkstatt haben ansonsten schwere Motorschäden gedroht.

Im Vergleich mit den Regelungen zum Schadensersatz und zum Nutzungsersatz ist die **Systematik** hier umgekehrt. § 994 BGB gewährt Im Grundsatz den Ersatzanspruch und in § 994 Abs. 2 BGB finden sich Gründe, die den Anspruch des Besitzers **begrenzen**. Auch hier kommt es auf **Rechtshängigkeit** und **Bösgläubigkeit** an. Beides lag bei F **nicht** vor. Er kann also ohne weiteres Ersatz der Verwendungen verlangen. **978**

b) Ersatz der Kosten für die Hifi-Anlage als nützliche Verwendungen gem. § 996 BGB

Wie verhält es sich mit der Hifi-Anlage, die an die Stelle des **Autoradios getreten ist**? **979**

Wenn vorher schon ein (wenn auch billiges) Radio mit Verkehrsfunk vorhanden war, ist der Einbau eines Autoradios **nicht notwendig**. Für somit gegebene **nützliche** Verwendungen nach § 996 BGB kann der Besitzer nur insoweit Ersatz verlangen, als er sie **vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit** und **vor Eintritt der Bösgläubigkeit** gemacht hat; dies liegt hier ohne weiteres vor. Jetzt müssen sie aber noch den **Wert der Sache** in dem **Zeitpunkt erhöhen**, in dem der Eigentümer die Sache wiedererlangt. Mit Blick auf das Autoradio kommt es daher darauf an, inwieweit das Fahrzeug (nach Schwackeliste oder Schätzungen) einen höheren Preis hat. Dies mag in der Größenordnung von einigen hundert Euro der Fall sein, aber keinesfalls in Höhe von ca. 1.000 Euro.

Zur Möglichkeit des F, das Radio wieder auszubauen und durch ein billiges zu ersetzen, s.u.

c) Ersatz der Kosten für die Inspektion als gewöhnliche Erhaltungskosten (§ 994 Abs. 1 S. 2 BGB)

Wie verhält es sich mit der Inspektion? **980**

Sicherlich liegt hier eine **notwendige Verwendung** vor.

Hier greift allerdings § 994 Abs. 1 S. 2 BGB ein: Die **gewöhnlichen Erhaltungskosten** sind für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen **verbleiben**, nicht zu ersetzen. Wie bereits festgestellt, **verbleiben** ihm die Nutzungen für das Jahr, in dem er den Porsche in Besitz gehabt hat (keine Verpflichtung zum Ersatz von Nutzungen). Er kann deshalb nicht Ersatz der für dieses Jahr anfallenden Inspektionskosten verlangen. **981**

2. Porschefall - Variante Bösgläubigkeit

Wie wäre im vorhergehenden Fall zu entscheiden, wenn F kurz nach dem Kauf erfahren hätte, dass eine Hehlerbande zahlreiche gestohlene Porsches mit gefälschten Papieren abgesetzt hat, zu erkennen an einem Schreibfehler im Text des Fahrzeugscheins, den F auch bei sich festgestellt ("Hupraum" statt "Hubraum"). **982**

a) Einbau des Austauschmotors

Mit der genannten Information ist K **bösgläubig** geworden i.S. des § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB. Er hat damit **erfahren** (d.h. positive Kenntnis davon erlangt), dass er gegenüber dem (wahren) Eigentümer nicht zum Besitz berechtigt ist (Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs an gestohlenen Fahrzeugen ist allgemein bekannt). Da dies nach dem Sachverhalt kurz nach dem Kauf geschehen ist, war er bei Vornahme der fraglichen Verwendungen schon **bösgläubig**. **983**

Der Besitzer, der **nach Eintritt der Bösgläubigkeit notwendige** Verwendungen macht, hat gegenüber dem Eigentümer einen Ersatzanspruch, der sich nach den Vorschriften über die **Geschäftsführung ohne Auftrag** beurteilt (§ 994 Abs. 2 BGB).

Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist in § 677 ff. BGB geregelt. Ein Ersatzanspruch des "Geschäftsführers" findet sich in § 683 BGB. Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Geschäftsführer **wie ein Beauftragter** Ersatz seiner Verwendungen verlangen. Damit ist auf § 670 BGB verwiesen; danach sind Aufwendungen zu ersetzen, die der Beauftragte den Umständen nach für **erforderlich** halten dürfte. § 683 BGB setzt dazu allerdings voraus, dass die Übernahme der Geschäftsführung dem **Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn** entsprechen muss. Diese Voraussetzung ist vor dem Hintergrund der Verweisung in § 994 Abs. 2 BGB zu sehen; man darf also **nicht** darauf abstellen, dass der Eigentümer einer gestohlenen Sache **generell** kein Interesse daran hat, dass Verwendungen vorgenommen werden. Die Frage des Interesses und des mutmaßlichen Willens ist vielmehr **unabhängig von der bestehenden Vindikationslage** zu beurteilen. Damit ist man wieder nahe bei der Abgrenzung zu notwendigen Verwendungen i.S. des § 994 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Tatbestand des § 683 BGB ist allenfalls in dem Sinne **enger**, als sich für einen verständigen Eigentümer auch **notwendige Verwendungen** möglicherweise nicht mehr lohnen. Insofern hat der Besitzer unter den Voraussetzungen des § 994 Abs. 2 BGB eine etwas weitergehende Darlegungslast. **984**

Im vorliegenden Fall spielt diese Differenzierung keine Rolle. Der Austausch des Motors ist als **notwendige Verwendung**, die zugleich im **Interesse** des Eigentümers liegt und seinem **mutmaßlichen Willen** entspricht, gem. § 994 Abs. 2 BGB zu ersetzen. **985**

Mit Recht ist nicht die Frage aufgeworfen worden, ob eine **irrtümliche** oder **bewusste Eigengeschäftsführung** vorliegt, die an sich die Anwendung des § 683 BGB ausschließen würde (§ 687 Abs. 1 und 2 BGB). § 687 BGB kann hier nicht gelten, da § 994 Abs. 2 BGB sonst weitgehend leer laufen würde. Im Falle des § 994 Abs. 2 BGB liegt immer eine Eigengeschäftsführung vor, und zwar meistens sogar eine bewusst unerlaubte (§ 687 Abs. 2 BGB).

b) Einbau des Radios

986 Das Radio war eine **nur nützliche** Verwendung i.S. des § 996 BGB. Dafür kann der Besitzer nur insoweit Ersatz verlangen, als er die Verwendung **vor Eintritt der Bösgläubigkeit** gemacht hat (§ 996 BGB). Dies scheidet hier aus, da K nach dem Sachverhalt kurz nach dem Kauf bösgläubig geworden ist.

987 Dies bedeutet allerdings nicht, dass K das Fahrzeug mit dem eingebauten Radio zurückgeben muss. In Betracht kommt ein **Wegnahmerecht** nach § 997 BGB. Hier wird allerdings vorausgesetzt, dass der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als **wesentlichen Bestandteil** verbunden hat. § 997 BGB ist aber vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Besitzer damit das Eigentum an der zur Verwendung benutzten Sache verloren hat. Meistens wird § 946 oder § 947 Abs. 2 BGB vorliegen, so dass der Eigentümer der herauszugebenden Sache auch insoweit Alleineigentum erwirbt. Allenfalls kann der Besitzer nach § 947 BGB Miteigentum erhalten haben. **Entgegen dieser Eigentumslage** ordnet § 997 BGB ein **Wegnahmerecht** an. Hierbei versteht es sich von selbst, dass der Besitzer den ursprünglichen Zustand wiederherstellen muss: § 997 Abs. 1 S. 2 BGB mit dem Verweis auf § 258 BGB.

988 Danach muss man **erst recht** eine Wegnahmebefugnis annehmen, wenn der Besitzer Eigentümer der zur Verwendung gebrauchten Sache geblieben ist. Er kann sein Eigentum entfernen, muss aber nach § 258 BGB den vorherigen Stand wiederherstellen. Dann muss allerdings der frühere Besitzer auf Verlangen des Eigentümers Sicherheit für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit leisten (d.h. für die Kosten der Wiederherstellung).

989 Das **Wegnahmerecht** besteht **unabhängig von Gut- oder Bösgläubigkeit**. Dies ist insbesondere dann plausibel, wenn man berücksichtigt, dass der Eigentümer durch die Wiederherstellung nach § 258 BGB hiervon in keiner Weise beeinträchtigt ist.

c) Kosten für die Inspektion

990 Hinsichtlich der **Kosten für die Inspektion** stand dem gutgläubigen Besitzer **kein Ersatzanspruch** zu. Ist hier ein Erst Recht Schluss angebracht? Beachte: Im Falle der Bösgläubigkeit muss F die Nutzungen **herausgeben**, d.h. sie verbleiben ihm **nicht**. Er kann die Kosten der Inspektion also durchaus geltend machen (allerdings nur als Abzugsposten oder im Sinne einer Zurückbehaltung; dazu sogleich).

3. Durchsetzung des Ersatzanspruchs für Verwendungen

991 Der Besitzer kann zwar unter bestimmten Voraussetzungen Ersatz für Verwendungen verlangen, aber er hat **keinen** ohne weiteres durchsetzbaren eigenen **Anspruch**. In erster Linie gesteht ihm das Gesetz ein **Zurückbehaltungsrecht** zu (§ 1000 BGB). Dies ist erforderlich, weil die Voraussetzungen des § 273 BGB bei näherem Zusehen nicht vorliegen. Der Besitzer hat nämlich gerade **keinen fälligen Gegenanspruch** wegen der Verwendungen, auf den er sein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB stützen könnte.

992 Ferner schließt § 1000 BGB eine Zurückbehaltung aus, wenn der Besitzer die Sache durch eine **vorsätzlich begangene unerlaubte** Handlung erlangt hat (vgl. auch § 393 BGB und die insofern bestehende Lücke bei § 273 BGB). Im Übrigen entspricht § 1000 BGB § 273 BGB.

Einen fälligen Anspruch erlangt der Besitzer nur und erst, wenn der Eigentümer die Sache **wiedererlangt** oder die **Verwendungen** genehmigt (§ 1001 Satz 1 BGB; zur Klage auf Verwendungsersatz BGH NJW 2002, 2875 = JuS 2002, 1230 *K. Schmidt*).

993 Der Eigentümer kann sogar grundsätzlich die wiedererlangte Sache zurückgeben, um sich von der Verpflichtung, Verwendungsersatz zu leisten, zu befreien. Selbst wenn der Anspruch fällig geworden ist, **erlischt** er innerhalb **sehr kurzer Frist** nach § 1002 BGB (ein Monat nach Herausgabe bzw. bei Grundstücken nach sechs Monaten). Die Lage soll also nicht über längere Zeit unklar bleiben.

994 Da der Besitzer somit nicht aus eigener Initiative zur Durchsetzung seines Anspruchs tätig werden kann, gibt ihm § 1003 BGB die Möglichkeit, die **Situation zu klären**. Er kann den Eigentümer unter Angabe des Ersatzbetrages auffordern, sich innerhalb angemessener Frist dazu zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Erklärt sich der Eigentümer nicht, kann der Besitzer **Befriedigung aus der Sache** nach den **Vorschriften über den Pfandverkauf** bzw. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen suchen. Bestreitet der Eigentümer fristgerecht den Anspruch, muss der Besitzer vor der Verwertung den Betrag der Verwendungen rechtskräftig feststellen lassen (§ 1003 Abs. 2 BGB).

****

V. Fall: Diebstahl der Zuchtstute (Verwendungen, Nutzungen, rechtsgrundlos = unentgeltlich)

995 E ist begeisterter Pferdezüchter, der seine Pferde im Sommer auf einer Weide in der Nähe seines Bauernhofes weiden lässt. Eines Tages wird im die Zuchtstute Foliante von Dieb D gestohlen. Der gutgläubige G erwirbt schließlich über verschiedene Zwischenhändler das völlig heruntergekommene Tier, um es seiner Nichte N zur Konfirmation zu schenken. Diese pflegt es unter erheblichen Tierarzt- und Futterkosten wieder gesund und kann es dann als Reittier nutzen. Aufgrund der guten Pflege wirft die Stute in der Folgezeit ein gesundes Fohlen. Nunmehr erfährt E den Sachverhalt und fordert N zur Herausgabe von Stute und Fohlen auf. N erklärt, da könne ja jeder kommen. Während E und N noch schriftsätzlich über die Rechtslage streiten, wird die Stute, die bei einem Gewitter auf der Weide steht, vom Blitz erschlagen. E verlangt von N Schadensersatz für die Stute und Herausgabe des Fohlens. N möchte von E die für die Stute angefallenen Tierarzt- und Futterkosten ersetzt haben.

Variante

1. Wie wäre der Fall zu entscheiden, wenn G das Tier behalten und als Reittier genutzt hätte?
2. Würde sich bei der Beurteilung von Variante 1 etwas ändern, wenn G bei Abschluss des Kaufvertrages über das Pferd geschäftsunfähig gewesen wäre?

Zum rechtsgrundlosen redlichen Besitzer siehe auch Teil I, S. 47f.

1. Lösungshinweise Ausgangsfall

a) Anspruch gegen N auf Schadenersatz

(1) § 989 BGB

Es müsste bei Untergang der Sache ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vorgelegen habe. E als ursprünglicher Eigentümer dürfte das Eigentum nicht verloren haben. Ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb des G scheitert an § 935 BGB. Ein Erwerb der N kraft Gesetzes durch das „Aufpäppeln" gem. § 950 BGB ist zu verneinen: Es wird keine **neue Sache** hergestellt. E ist also Eigentümer geblieben. N war zum fraglichen Zeitpunkt Besitzer. **996**

Der Anspruch aus § 989 BGB scheitert jedoch an **fehlender Rechtshängigkeit**.

(2) §§ 990 Abs. 1 S. 1; 989 BGB

Ein solcher Anspruch scheidet aus. N war bei Besitzerwerb **gutgläubig**. **997**

(3) §§ 990 Abs. 1 S. 2; 989 BGB

Gemäß § 990 Abs. 1 S. 2 BGB wird der bei Besitzerwerb gutgläubige Besitzer erst dann bösgläubig, wenn er von dem Mangel an seinem Besitzrecht **positive Kenntnis** erlangt. Wegen der, wenn auch objektiv unbegründeten Zweifel, hat N ihre Nichtberechtigung zum Besitz nicht „**erfahren**" (= positive Kenntnis) i.S.v. § 990 Abs. 1 S. 2 BGB. **998**

(4) §§ 990 Abs. 2, 286, 287 BGB

§ 990 Abs. 2 BGB regelt nur die weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs, setzt also eine Haftung nach § 990 Abs. 1 BGB schon voraus. Daran fehlt es. **999**

(5) § 992 BGB

N hat den Besitz nicht durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat erlangt. **1000**

(6) §§ 823 ff. BGB

Es fragt sich, ob die Vorschrift überhaupt anwendbar ist. § 993 Abs. 1 a.E BGB: Grundsätzlich sind Schadenersatzansprüche aus §§ 823 ff. BGB neben dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis **ausgeschlossen**. Eine Ausnahme bildet nach h.M. der **Fremdbesitzerexzess**, der hier aber nicht vorliegt. N ist sogar **Eigenbesitzerin** i.S.d. § 872 BGB. **1001**

(7) Zwischenergebnis:

Es besteht **kein Schadensersatzanspruch** des E gegen N wegen der Stute. **1002**

b) Anspruch gegen N auf Herausgabe des Fohlens

Vorbemerkung: Auf den ersten Blick kann es merkwürdig erscheinen, wenn zunächst geprüft wird, ob ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB und dann erörtert wird, ob eine Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen gegeben ist. In der Tat muss man mit Blick auf Früchte zwei Ebenen unterscheiden. Die Frage, wem die Früchte gehören und an wen sie möglicherweise auszugeben sind. Man kann sich das wie folgt merken: Wenn Kälber, Fohlen oder Welpen geboren werden, dann interessieren sie sich für zwei Fragen:

1. Wem gehöre ich, d.h. wer ist mein Herrchen oder Frauchen?
2. Kann ich bei meinem Frauchen/Herrchen bleiben oder muss es mich herausgeben.

Die erste Frage beantwortet sich anhand der **Eigentumslage** und bei der zweiten Frage geht es um die Herausgabe von Nutzungen, z. B. nach § 987 oder 988 i.V.m. 818 Abs. 1 BGB. Herausgabe von Nutzungen kann also durchaus bedeuten, dass die betreffenden Früchte an den Eigentümer der Ursprungssache zu **übereignen** sind.

(1) § 985 BGB

E müsste Eigentümer des Fohlens sein. Im Zeitpunkt der Geburt des Fohlens war E Eigentümer der Stute. Gem. § 99 Abs. 1 BGB ist Fohlen Frucht der Stute, so dass E auch Eigentümer des Fohlens sein könnte. Der **Eigentumserwerb an Früchten** ist geregelt in § 953 ff. BGB. **1003**

Hier ist schließlich und endgültig einschlägig: § 955 BGB (N als **gutgläubige Eigenbesitzerin**). **1004**

Der Anspruch des E also ausgeschlossen, weil N das Eigentum am Fohlen nach § 955 BGB erworben hat.

Ist dies plausibel angesichts der Tatsache, dass die Stute gestohlen war und somit nicht gutgläubig erworben werden konnte?

Bei **Bestandteilen,** die ausnahmsweise Früchte sein können, ist dies nicht akzeptabel (h.M. vgl. Palandt/*Herrler* § 955 Rn. 5). Aber bei **Erzeugnissen** ist die Lage anders; es geht nicht um dieselbe Sache oder Teile davon. Dies ist ganz h.M; noch genauer stellt eine Mindermeinung darauf ab, ob die Frucht bei Abhandenkommen schon als Bestandteil der Muttersache **vorhanden** war. Danach würde es darauf ankommen, ob die Stute gestohlen wurde, nachdem sie trächtig geworden ist. Zum Streitstand *Westermann/Gursky/Eickmann* § 57 Rn. 4 ff.

Hier geht es um eine **Frucht**, d.h. nach h.M. hat auf jeden Fall ein Eigentumserwerb durch N stattgefunden.

(2) § 987 Abs. 1 BGB

1005 **Fohlen** als **Nutzung** (unmittelbare Sachfrucht) der Muttersache (§ 99 BGB) wäre (trotz Eigentumserwerb!) herauszugeben (hier: auch zu übereignen!). Es fehlt jedoch an der **Rechtshängigkeit**.

(3) § 988 BGB

1006 N hat als Eigenbesitzerin **unentgeltlich** erworben (G hat ihr das Pferd geschenkt). Sie ist zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet, nach den **Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung**. Sie hat das Fohlen noch, so dass insofern kein Wegfall der Bereicherung vorliegt. N wird aber ihre Bereicherung insofern in Abrede stellen, als sie erhebliche Aufwendungen für das Fohlen gehabt hat (Tierarzt, Futterkosten).

1007 Kommt insofern ein Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB in Betracht?

Im Ausgangspunkt ist unstreitig, dass im Rahmen des Wegfalls der Bereicherung durch den Kondiktionsgegenstand **zurechenbar erlittene Nachteile** zu berücksichtigen sind (Differenzhypothese wie bei Schadensersatz). Umstritten ist allerdings, **welche Begleitnachteile** abzugswürdig sind. Die Rechtsprechung hat jedenfalls früher den **adäquat ursächlichen Zusammenhang** mit dem Bereicherungsvorgang ausreichen lassen.

> BGHZ 137, 314 WM 1998, 409 = NJW 1998, 989, 991; BGH NJW 1998, 1709 = WM 1998, 1360 = ZOV 1998, 191, 192; BGH **NJW 2016, 1388, Rn. 36 ff**. (sehr schön zum Einbringen von Wertungsgesichtspunkten).

1008 Im Schrifttum (Soergel/*Mühl* § 818 Rn. 57; Palandt/*Sprau* § 818 Rn. 29 f.; differenzierend MüKoBGB/*Schwab* § 818 Rn. 59 ff.) will man eher nur die Interessen des **redlichen**, die Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs nicht kennenden Bereicherungsschuldner als **schutzwürdig** ansehen (Wertung aus §§ 819, 820 BGB). Deswegen sollen nur die **Nachteile** abzugswürdig sein, die gerade im Zusammenhang damit eintreten, dass der Schuldner auf die Beständigkeit seines Erwerbs **vertraut** (*Beuthien* StudK BGB § 818 Anm. 5c). Vor diesem Hintergrund werden als Begleitnachteile anerkannt:

- Die mit dem Erwerb unmittelbar verbundenen **Erwerbsunkosten** (Fracht, Steuern etc.), aber nicht Entgelt selbst (bei § 988 BGB freilich denknotwendig ausgeschlossen)! s.u.
- Die **Rückgabekosten** (Frachtkosten)
- Nutzungskosten
- **Vergebliche Nutzungsvorbereitungskosten** (z.B. Schaffung von Einrichtungen zur Aufnahme des Leistungsgegenstands).
- die auf den herauszugebenden Gegenstand gemachten **Verwendungen**, unabhängig davon, ob sie werterhöhend waren oder nicht (z.B. Fütterung oder Reparatur).

1009 Nicht abzugswürdig sind **Schäden**, die der rechtsgrundlos empfangene Gegenstand selbst anrichtet, da insofern kein Zusammenhang mit der Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbes besteht (allgemeines Lebensrisiko). Nicht abzugsfähig ist auch das **Erwerbsentgelt** (wichtig im Fall der Anwendung auf **rechtsgrundlosen** Erwerb).

Soweit N Aufwendungen getätigt hat, um das Fohlen zu erlangen, sind diese Aufwendungen ersetzbar. Hiervon sind die Tierarzt- und Futterkosten für das **Muttertier bis zur Geburt des Fohlens** erfasst (aber nicht mehr die nachfolgenden Aufwendungen).

1010 Es stellt sich die Frage, wie dieser Nachteil rechtstechnisch zu berücksichtigen ist. Wenn im entsprechenden Fall nach § 818 Abs. 2 BGB nur der Wert zu ersetzen ist, kann **verrechnet** werden. Ist der **Bereicherungsgegenstand** dagegen **selbst noch vorhanden** und zurückzugewähren, so werden die Aufwendungen, die den Wegfall der Bereicherung begründen, i.S. eines **Zurückbehaltungsrechts** gem. §§ 273, 320 BGB berücksichtigt. Hier: Es geht um das Fohlen als Bereicherungsgegenstand.

1011 Ergebnis: N muss also nach § 988 BGB das Fohlen herausgeben, aber nur **Zug um Zug** gegen **Ersatz ihrer Aufwendungen**, die nötig waren, um das Fohlen zu erlangen.

c) Ansprüche der N gegen E auf Verwendungsersatz

§ 994 Abs. 1 BGB

1012 Tierarzt- und Futterkosten (auch nach der Geburt des Fohlens) dienen dem **Erhalt** der Sache, sind also **notwendige Verwendungen**.

Kein Ersatz aber der gewöhnlichen Erhaltungskosten (Futter), von dem Augenblick an, als ihr die Nutzungen **verbleiben**. Wegen ihres **unentgeltlichen Erwerbs** verbleiben ihr allerdings wegen § 988 BGB **keine Nutzungen** (s.o.).

1013 Der Verwendungsersatzanspruch wegen Tierarzt- und Futterkosten führt aber nach § 1000 BGB nur zu einem **Zurückbehaltungsrecht**. Als selbständiger Anspruch nur mit Erfolg einklagbar (§ 1001 BGB), wenn E die Stute **wiedererlangt** (hier nicht möglich nach Blitzschlag) oder die Verwendung genehmigt (hier nicht zu unterstellen; warum sollte E dies tun?).

Also kein weitergehender Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen gem. § 994 BGB, es bleibt bei dem **Zurückbehaltungsrecht** im Rahmen des § 988 BGB.

2. Variante: G hat das Pferd behalten und genutzt

a) Schadenersatz für die Stute

(1) § 989 BGB

1014 Ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis liegt vor. Ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb des G scheiterte an § 935 BGB. Ein Erwerb des G kraft Gesetzes durch das „Aufpäppeln“ gem. § 950 BGB scheitert: Es wird **keine neue Sache** hergestellt.

Der Anspruch aus § 989 BGB scheitert jedoch an fehlender **Rechtshängigkeit**.

(2) §§ 990 Abs. 1 S. 1, 989 BGB

Anspruch scheidet aus. G war bei Besitzerwerb **gutgläubig**. **1015**

(3) §§ 990 Abs. 1 S. 2, 989 BGB

G hat seine Nichtberechtigung zum Besitz nicht „erfahren" (= positive Kenntnis) i.S.v. § 990 Abs. 1 S. 2 BGB. **1016**

(4) §§ 990 Abs. 2, 284, 285, 287 BGB

§ 990 Abs. 2 BGB regelt nur die weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs, setzt also eine Haftung nach § 990 Abs. 1 BGB schon voraus. Daran fehlt es (s. oben Vasenfall). **1017**

b) Herausgabe der Nutzungen

(1) Anspruch aus § 988 BGB

Hier liegt keine Unentgeltlichkeit vor. **1018**

Dieses Merkmal wird allerdings in einem weiten Sinne verstanden. Nach der Rechtsprechung (RGZ 163, 348 ff.; BGHZ 32, 76 ff.) ist der rechtsgrundlose Besitzer dem unentgeltlichen gleichzustellen (*Medicus/Petersen*, BR, Rn. 600). Hierfür ergibt sich aus dem Sachverhalt des Grundfalls allerdings kein Anhaltspunkt. Der Verkauf (!) vom letzten Zwischenhändler an G muss mangels weiterer Angaben als wirksam betrachtet werden.

Auf einem ganz anderen Blatt steht, dass die Übereignung an der fehlenden Berechtigung des Diebes oder weiterer Verkäufer und an § 935 BGB scheitert.

Hier geraten Bearbeiter immer wieder auf Irrwege, wahrscheinlich vor dem Hintergrund, dass ein einmal gelerntes Problem in den Fall hineingelegt wird. In diesem Fall gibt es jedenfalls keinen Anlass, die Problematik des rechtgrundlosen Erwerbs zu erörtern und auf die Rechtsprechung (rechtsgrundlos = unentgeltlich) oder die Literaturmeinung einzugehen, die Bereicherungsrecht unmittelbar anwenden will; s. oben S.47.

Vgl. dagegen etwa den Beispielsfall bei *Medicus/Petersen* BR Rn. 600: Dieb verkauft an gutgläubigen Käufer und der Kaufvertrag ist unerkannt nichtig.

c) Ersatz der Verwendungen

(1) § 994 Abs. 1 BGB

Tierarzt- und Futterkosten dienen dem Erhalt der Sache, sind also notwendige Verwendungen. **1019**

Die gewöhnlichen Erhaltungskosten (Futter) sind nach § 994 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zu ersetzen, soweit der Zeitraum betroffen ist, in dem G die Nutzungen verbleiben (hier also bis zur Rechtshängigkeit).

Es ist fraglich, ob es darüber hinaus darauf ankommt, ob dem G die Nutzung möglich war (am Anfang hier wohl nicht). Abs. 1 S. 2 ist nur anwendbar, wenn die Sachen überhaupt Nutzungen abwerfen, dann aber auch, wenn der Besitzer diese möglichen Nutzungen nicht gezogen hat (Soergel/*Stadler* § 994 Rn. 7).

Insofern ist also bei den Haltungskosten zeitlich zu differenzieren (Aufpäppeln bis wieder eine Nutzungsmöglichkeit bestand und die Zeit danach).

Wenn die Voraussetzungen des § 994 Abs. 1 BGB vorliegen, bedeutet dies jedoch nicht, dass dem G ein selbständig durchsetzbarer Anspruch zusteht. Der Ersatzberechtigte kann seine Aufwendungen nämlich nur durch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB geltend machen. Dieses Zurückbehaltungsrecht greift allerdings nicht, da es sich nur auf die Rückgabe der im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis befindlichen Sache, also hier der Stute bezieht. Die Stute wird aber gar nicht herausverlangt. **1020**

Ein selbständiger Anspruch kann nach § 1001 BGB nur geltend gemacht werden, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Die vom Blitz getroffene Stute kann nicht wiedererlangt werden, und es ist auch nicht damit zu rechnen, dass E die Verwendungen genehmigt. **1021**

3. Variante 2

Würde sich bei der Beurteilung von Variante 1 etwas ändern, wenn G bei Abschluss des Kaufvertrages über das Pferd **geschäftsunfähig** gewesen wäre?

Als Grundlage eines Anspruchs kommt § 988 BGB in Betracht. G das Pferd gekauft, also nicht unentgeltlich erworben. Allerdings war der Kaufvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit unwirksam (§ 105 Abs. 1 BGB). Die **Rechtsprechung** stellt die **Rechtsgrundlosigkeit** der **Unentgeltlichkeit** gleich Der Besitzer habe auch im Falle der Rechtsgrundlosigkeit kein Entgelt zu zahlen. Danach muss V die Nutzungen herausgeben (nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen). Danach wäre zu fragen, welche Kosten er erspart hat (sonst Nutzung von Miet-Pferden?). **1022**

Wendet man dagegen mit dem Schrifttum Bereicherungsrecht unmittelbar an, so ist darauf abzustellen, dass G die Stute und damit verbundenen Nutzungen durch eine **Leistung des Verkäufers** erlangt hat. Ein Bereicherungsausgleich findet also nur im Verhältnis zum Verkäufer statt. Damit ist der G davor geschützt, zwar die Nutzungen herausgeben zu müssen, aber gleichwohl seinen Kaufpreis nicht zurück zu erlangen. Insofern ist der Rechtsprechung nämlich entgegenzuhalten, dass zwar auch bei einem unwirksamen Vertrag die Pflicht zur Gegenleistung nicht besteht, der Käufer aber gleichwohl den Kaufpreis gezahlt haben kann. **1023**

Umfangreiche Problemerörterung: *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 21, Rn. 52 ff.

VI. Zum Nacharbeiten:

10245 *Ebenroth/Zeppernick*, Nutzungs- und Schadensersatzansprüche im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, **JuS 1999, 209**; *Hoeren/Hilerink*, JuS 1999, 668, Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Die Schwarzmacher; *Roth*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 2003, 937; *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 2013, 495; Übersicht zu den beliebteren Problemen des Verwendungsersatzes: *Giesen*, **ZJS 2014, 505;** inhaltlich fortgesetzt in *Giesen*, ZJS 2016, 436; in der Fallbearbeitung *Wiedemann*, 2. Fallfrage, **JA 2016, 494**.

D. Geschäftsführung ohne Auftrag

I. Fall: Vorbildlicher Jungjurist 151
1. Die Geschichte vom verlorenen Sohn (Variante Autobahnraststätte) 152
2. Examensbedeutung und typische Fallstricke 153

II. Fall: Rentnerin in der Pleiße 154
Thema: Aufwendungsersatz 154
1. Lösung Ausgangsfall 154
a) S gegen R auf Ersatz der Bügelkosten i.H.v. 25 Euro gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB 154
b) S gegen R auf Ersatz der Taxikosten i.H.v. 40 Euro gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB 155
2. Lösung Abwandlung 1 155
a) S gegen R auf Ersatz der Kosten für das Handy gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB 155
b) S gegen R auf Ersatz der entgangenen Vergütung §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB 155
c) R gegen S auf Ersatz der Perlenkette aus pFV der GoA, § 280 Abs. 1 BGB 155
d) R gegen S auf S auf Ersatz der Perlenkette gemäß § 823 Abs. 1 BGB 155
3. Lösung Abwandlung 2 156
S gegen R auf Ersatz der Bügelkosten aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB 156

III. Fall: Funkenflug 156
Thema: Privatrechtliche GoA bei Tätigwerden eines Verwaltungsträgers 156
1. Lösungshinweise 156
Anspruchsgrundlage: §§ 677, 683 S. 1 BGB i.V.m. § 670 BGB 156
a) Fremdes Geschäft (§ 677 BGB) 156
b) Fremdgeschäftsführungswille 157
c) Rechtsfolge: 157

IV. Fall: Dumm gelaufen 157
Thema: Objektives Interesse und Wille des Geschäftsherrn, § 683 S. 1 BGB 157
Lösungshinweise 157
Anspruchsgrundlage: §§ 677, 683 S. 1, 670, 1922, 1967 BGB 157

V. Fall: Viereckige Augen 158
Thema: Mitverpflichtung des Ehegatten nach § 1357 BGB bei ärztlicher Behandlung; GoA neben der Erfüllung vertraglicher Pflichten 158
1. Lösungshinweise Ausgangsfall 158
a) Anspruchsgrundlage: §§ 630a Abs. 1, 1357 Abs. 1 BGB 158
(1) Dienstvertrag zwischen M und Dr. A 158
(2) Mitverpflichtung der F nach § 1357 Abs. 1 BGB 158
b) Anspruchsgrundlage: §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB 158
Fremdes Geschäft (§ 677 BGB) 158
2. Lösungshinweise Abwandlung 159

VI. Übersicht zur Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) 160

VII. Ansprüche bei GoA 161
1. „Echte“ GoA: §§ 677 ff. BGB 161
2. „Unechte GoA“: § 687 BGB 161

VIII. Hinweise zur Nacharbeit 161

IX. Zum Abschluss: Examensfall zu GoA und Delikt (mit Besitzschutz) 161
Fall: Leidige Parkprobleme 161
Hinweise zur Lösung in Stichworten 162
1. Anspruch des A gegen N auf Erstattung der Abschleppkosten 162
a) Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB 162
(1) Besorgung eines fremden Geschäfts 162
(2) Fehlende Berechtigung des A 162
(3) Im Interesse und mit Willen des Geschäftsherrn 162
(4) Umfang des Aufwendungsersatzanspruchs gemäß § 670 BGB 163
b) Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB 163
(1) Verletzung des Eigentums 163
(2) Verletzung der Freiheit 163
(3) Verletzung des Besitzes als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB 163
(a) Parkplatz 163
(b) Besitzbeeinträchtigung im Hinblick auf das Fahrzeug des A 163
c) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 858 Abs. 1 BGB 163
d) Anspruch aus §§ 684 S. 1, 677, 818 Abs. 2 BGB 164
2. Anspruch des N gegen A auf Ersatz der Reparaturkosten 164
a) Anspruch aus § 678 BGB 164
b) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB 164
c) Anspruch aus § 831 Abs. 1 BGB 164
3. Anspruch des N gegen U auf Ersatz der Reparaturkosten 164
a) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. den Grundsätzen zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte 164
b) Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB 164

I. Fall: Vorbildlicher Jungjurist

Die Hebamme Manuela S. wird gegen Mitternacht zu einer Hausgeburt gerufen, die einige Tage früher als geplant stattfindet. **1025**
Auf halber Strecke fängt der Motor ihres recht betagten Autos an zu stottern. Zu Ihrer Verzweiflung ist ihr Pech noch größer: Der Akku ihres Handys ist leer. Nach einiger Zeit kommt ein Fahrzeug vorbei und hält. Sie sieht dies mit gemischten Gefühlen, da sie entsprechende Szenen aus dem Fernsehen kennt, und zwar nicht aus der Sendung mit der Maus. Sie ist erleichtert, als sich der Fahrer als stud. jur. Anton F. vorstellt, der nach einem langem Tag Examensvorbereitung auf dem Weg nach Hause ist. Anton schaut sich kurz den Motor an, prüft die Kompression und muss Manuela eröffnen, dass ihr Motor wahrscheinlich

nicht mehr zu reparieren ist, jedenfalls nicht hier auf der Straße. Sie schildert ihm die Lage und Anton bietet ihr sofort an, sie zu ihrem Einsatz zu fahren und für den Abtransport des Fahrzeugs zu sorgen. Als angehender Jurist, der sich zudem den ganzen Tag mit Haftungsfragen befasst habe, müsse er allerdings auf einer sauberen rechtlichen Grundlage bestehen (nicht auf einem Entgelt). Er formuliert flott eine entsprechende Abrede auf einem weitgehend freien Schönfelder-Blatt, sieht für sich eine Haftungsbeschränkung auf leichte Fahrlässigkeit vor und lässt Manuela unterzeichnen. Er fährt Manuela zum Einsatz, hilft dort mit, nimmt dankbar entgegen, dass das Neugeborene Anton heißen wird, lotst einen Abschleppwagen zum havarierten Fahrzeug, legt die Kosten aus und bringt Manuela nach Hause. Manuela, die sonst nur langweilige Gynäkologen in Weiß und kleinere Männer zwischen 3 und 5 kg kennt, ist hingerissen und schlägt vor, dass Sie Anton in eine interessante Vorlesung begleitet und ihn nachher zu einem Cappuccino einlädt.

Anton möchte vor einer Antwort wissen, welche Ansprüche er von Rechts wegen hat, da er bei einem Eingehen auf die Einladung Verwirkung o.ä. befürchtet. Erläutern Sie ihm die Rechtslage.

> Zu GoA siehe auch Teil I, S. 58.

In Stichworten:

1026 Anspruchsgrundlagen sind in §§ 662 ff. BGB zu suchen (Unentgeltlichkeit, rechtliche Bindung nach SV gegeben, d.h. **keine Gefälligkeit** ohne rechtliche Konsequenzen).

1027a Beachte: **Abgrenzung von Gefälligkeitsvertrag und reiner Gefälligkeit** (gehört zur Rechtsgeschäftslehre; ggf. wiederholen!). Als Klassiker: BGHZ 21, 102, 106. Mit viel Kritik hatte in diesem Bereich der BGH einen Aufwendungsersatzanspruch nach GoA verneint, BGH **NJW 2015, 2880** (mit Anm. *Singbartl*). I.E. handelte es sich dabei um eine teleologische Reduktion: Wenn schon über den Auftrag kein Ersatz zu leisten ist (b. reinen Gefälligkeiten), dann muss dies auch für die §§ 677 ff. BGB gelten (Wertungserhaltung). Der BGH schloss dabei schon den Tatbestand der §§ 677 ff. BGB aus. Krit. dazu insb. *Staake*, **JURA 2016, 651, insb. S. 654.**

1028 Anspruch aus § 670 BGB auf Ersatz von **Aufwendungen = freiwillige Einbußen an Rechten und Rechtsgütern** (Gegensatz zum **Schaden**). Dazu zählen hier ganz zweifelsfrei und ohne Probleme die Abschleppkosten. Außerdem: Die Fahrzeugkosten, zumindest Benzin, aber auch Beteiligung an sonstigen Kostenfaktoren (Abschreibung Fahrzeug, Reifen und andere Verschleißteile, Steuer und Versicherung; vgl. entsprechende Tabellen des ADAC mit Angabe der „Kosten pro km“, abhängig von Fahrzeugtyp und jährlicher Kilometerleistung).

1029 Keine Vermögenseinbuße liegt vor hinsichtlich des **Zeitaufwands** (hier gilt nicht „Zeit ist Geld“); dies würde der **Unentgeltlichkeit** des Auftrags offensichtlich widersprechen.

Folgen einer Einladung zum Kaffee?

Wenn **Entgelt**, läge Dienstvertrag i.S.v. § 611 ff. BGB vor. Anwendung der Auftragsregeln auf jeden Fall über § 675 BGB, wenn „Geschäftsbesorgung“ i.S. dieser Vorschrift vorliegt.

> Vgl. Vorlesung/Repetitorium vertragliche Schuldverhältnisse; Verhältnis zum Auftrag und „normalem“ Dienstvertrag ist schwierig und historisch bedingt.

1030 Allerdings hier: Kaffee ist offensichtlich von beiden Seiten **nicht** als äquivalente Gegenleistung gedacht, so dass es bei den Auftragsregeln bleibt.

Vgl. ferner: Anton muss **Auskunft- und Rechenschaft** geben (z.B. Abrechnung der Abschleppkosten), § 666 BGB. Würde er etwas aus der Geschäftsführung erlangen, müsste er es nach § 667 BGB herausgeben.

1031 Bis hier: **Vertragliches** Schuldverhältnis, und zwar **Auftrag**, der allerdings besondere Bedeutung für das **gesetzliche Schuldverhältnis GoA** hat. Dazu:

****

1. Die Geschichte vom verlorenen Sohn (Variante Autobahnraststätte)

1032 Die Eheleute E bemerken auf Ihrer Fahrt in den Urlaub nicht, dass ihr 4-jähriger Sohn Joachim bei einem Tankstop das Fahrzeug verlässt und an der Tankstelle zurückbleibt. Zum Glück stößt der Junge sogleich auf den Tankstellenpächter S.O., der sich um ihn kümmert. Seine Ehefrau nimmt ihn mit in ihre Küche und schmiert ihm kräftige Nutella-Brote, die Joachim zunächst zurückweist, sich aber dann überzeugen lässt, dass er nur so einmal ein Mitglied der Nationalelf werden kann. Währenddessen führt ihr Mann mehrere Telefonate aufgrund der zunächst etwas wirren Angaben des Kleinen, die mit zunehmendem Nutella-Verzehr aber immer klarer werden. Schließlich erreicht er das Handy der überraschten Eltern, die sich durch einen Blick auf den Rücksitz von der Richtigkeit der Nachrichten überzeugen können.

Welche Ansprüche stehen dem hilfsbereiten Tankstellenehepaar zu?

In Stichworten:

1033 Ebenso wie im Fall vorbildlicher Jungjurist stellt sich die Frage, ob ein Anspruch auf **Aufwendungsersatz** besteht. Dies erscheint ungeachtet des etwas anderen Sachverhalts (keine Abrede, da aufgrund der Umstände nicht möglich) selbstverständlich zu sein. Anspruchsgrundlagen lassen sich allerdings auch bei näherer Prüfung **nicht** im **vertraglichen** Bereich finden. Der Vertrag über den Spritkauf war mit Bezahlung erledigt und hat auch mit der Betreuung des Kindes nichts zu tun. Joachim hat keinen Vertrag geschlossen, auch nicht in Vertretung seiner Eltern (mit deren nachträglicher Genehmigung, §§ 179, 105 BGB). Gleichwohl liegt auf der Hand, dass das Pächterehepaar nicht schlechter stehen sollte als bei der Durchführung eines Auftrags.

1034 In Betracht kommt deshalb ein Anspruch aus GoA. **Unter bestimmten Voraussetzungen** bestehen die gleichen Ansprüche auf Aufwendungsersatz **wie bei einem Auftrag** (§ 683 BGB; berechtigte GoA).

1035 Voraussetzungen:

- Führung eines **(fremden)** Geschäfts (§ 677 BGB) für einen anderen (§ 677 BGB)
- mit Fremdgeschäftsführungswillen (§ 687 BGB)
- ohne dazu beauftragt oder sonst berechtigt zu sein (§ 677 BGB)
- im **Interesse** des anderen (§ 683 BGB)

und (!)

- entsprechend seinem **wirklichen** oder **mutmaßlichen** Willen (§ 683 BGB).

Unabhängig von noch zu behandelnden Einzelheiten dieser Tatbestandsmerkmale liegt auf der Hand: Sie sind hier gegeben. **1036**

Leitbild dieses gesetzlichen Schuldverhältnisses: Geschäftsführer wird aus **altruistischen** Motiven tätig und verdient deshalb einen Ausgleich für erbrachte Vermögensopfer, während aber auch der Betroffene vor aufdringlichen oder in Wahrheit eigennützigen Eingriffen geschützt werden soll (vgl. §§ 678, 683 S. 1, 687 BGB).

****

2. Examensbedeutung und typische Fallstricke

Die Prüfung von Ansprüchen aus GoA ist überaus fehlergeneigt und erfordert gewisses Fingerspitzengefühl, das man sich nicht kurz vor dem Examen im „Crash"-Verfahren aneignen kann. Vielmehr gilt: Möglichst frühzeitig lernen, verstehen, setzen lassen und durch Bearbeitung entsprechender Klausuren einüben, einüben, einüben..... Dann werden entsprechende Fallgestaltungen im Examen gelassen und souverän abgehandelt, unter angemessener Erörterung der §§ 677 ff. BGB (einleitend: *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), JuS 2016, 12; vertiefend: *Dornis***,** Die GoA auf der Schnittstelle von realem und hypothetischem Vertrag, **ZJS 2013, 216**). **1037**

Leider ist das Bild in der Examensrealität bei den meisten Teilnehmern anders (keineswegs nur in Sachsen, sondern quer durch die Bundesrepublik): Entweder werden **überall** Ansprüche aus GoA gesehen und auch in den abstrusesten Zusammenhängen geprüft und sogar bejaht. Oder die §§ 677 ff. BGB werden völlig **übersehen**, vielleicht auch bewusst gemieden, weil GoA als „Minenfeld" gilt und entsprechend gefürchtet ist. **1038**

Dieses Dilemma hat allerdings auch Gründe, die die Rechtsprechung geschaffen oder hingenommen hat, um in Einzelfällen „gerecht" zugunsten der Geschäftsführer zu entscheiden.

Eine wesentliche Weichenstellung bildet die Frage, unter welchen Voraussetzungen jemand ein **fremdes Geschäft** führt. Ohne einen Anhaltspunkt im Gesetz ist hier zu unterscheiden, ob das Geschäft ersichtlich den Rechts- und Interessenkreis eines anderen betrifft (**objektiv fremd, Fremdgeschäftsführungswille** wird vermutet) oder ob ein **neutrales** Geschäft vorliegt, das der Geschäftsführer nicht für sich, sondern für einen anderen führt (**subjektiv fremd, Fremdgeschäftsführungswille** ist zu beweisen). Die Rechtsprechung hat den Begriff „fremdes Geschäft" außerdem sehr weit ausgedehnt. Ausreichend ist, dass das Geschäft zumindest **auch** einem **fremden Interessenkreis** zugehört. Erfüllt der Geschäftsführer neben den Interessen des Geschäftsherrn noch eigene, spricht man deshalb vom „auch fremden Geschäft". Dies führt zu schwierigen Abgrenzungsproblemen und öffnet den Weg für eine weitgehende Billigkeitsrechtsprechung. **1039**

Problematisch sind insbesondere immer wieder die Fälle, in denen der vermeintliche Geschäftsführer eine **eigene** gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung erfüllen will. Kann er dabei **gleichzeitig** ein Geschäft eines nicht am Vertrag beteiligten Dritten führen? Teilweise wird das auch für vertragliche Verpflichtungen für möglich gehalten (BGHZ 101, 393, 399 = NJW 1988, 132 = WM 1987, 1369; BGH NJW-RR 1989, 970; a.A. OLG Koblenz NJW 1992, 2367; vgl. auch Fall Viereckige Augen), ist aber eher abzulehnen. Wenn jemand eine Leistung für seinen Vertragspartner erbringt, muss er sich auch an diesen halten. Besonders klausurrelevant wird diese Problematik bei den sog. Abschleppfällen (s unten S. 161). **1040**

Am Beispiel der o.a. Fälle: Hat Anton Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen nicht nur gegen die Hebamme, sondern auch **1041**

- Gegen das Baby?
- Gegen die Eltern des Babys?

Dazu im einzelnen beim Funkenflug-Fall (S. 156) und Fall Viereckige Augen (S. 158).

Die Vielzahl der (klausurrelevanten) Fälle betreffen allerdings den weniger problematischen Bereich der „nur" **objektiv fremden** Geschäfte. Ein solches liegt vor, wenn das Geschäft **äußerlich erkennbar zu einem fremden Interessenkreis** gehört (typisch: Rettungsfälle). **1042**

Wichtigste **Anspruchsgrundlage**: §§ 677, 683 S. 1 BGB i.V.m. § 670 BGB (Kann X von Y Ersatz seiner Aufwendungen verlangen?).

Die Geschäftsführung, d.h. die **Übernahme des Geschäfts** muss im Interesse **und** (!) wirklichen **oder** mutmaßlichen Willen liegen. Fehlt ein wirklicher Wille, folgt der mutmaßliche Wille regelmäßig aus dem **objektiven Interesse (Vermutung)**. **1043**

Unbedingt beachten (typischer Klausurfehler): Bei der Prüfung des Anspruchs auf Aufwendungsersatz sind die Voraussetzungen von § 677 1. HS BGB und der §§ 683, 670 BGB zu prüfen. Sind sie bejaht (s.o.) kommt es **nicht** mehr darauf an, ob der Geschäftsführer das Geschäft im einzelnen so geführt hat, wie § 677 2. HS BGB es vorschreibt (interessewahrend und mit Rücksicht auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn). **1044**

Dies ist nur von Bedeutung im Rahmen eines Anspruchs gegen den Geschäftsherrn aus **pFV (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. GoA,** in letzter Zeit sehr beliebt in Examensklausuren!). Vgl. dazu unten Abschleppfall (Seite 161). **1045**

Wichtig zum systematischen Verständnis der gesetzlichen Regelung:

Die §§ 677 – 682 BGB betreffen die **Verpflichtungen des Geschäftsführers**

Die §§ 683 ff. BGB betreffen die **Ansprüche des Geschäftsführers**

Nur die §§ 686 und 687 BGB gelten für **beide Seiten**.

****

II. Fall: Rentnerin in der Pleiße

Thema: Aufwendungsersatz

siehe dazu auch, oben Teil I, S. 62f.

1046 Obwohl er über die Eigenarten der GoA nachdenkt, entgeht dem Leipziger Jurastudent S nicht, dass die Rentnerin R sich ausgesprochen merkwürdig verhält. Sie weiß nach einem längeren Aufenthalt bei ihrer Tochter „im Westen“ noch nicht, dass die seit Jahrzehnten unterirdisch verrohrte Pleiße wieder freigelegt ist. Da sie aus Gewohnheit für ihren Gang zum Einkaufen bei Noldi keine Brille aufzieht und die übliche Abkürzung nimmt; läuft sie schnurstracks auf das Wasser zu. Unglücklicherweise ist an dieser Stelle kein Geländer angebracht, sondern es befinden sich dort Stufen, die ins Wasser führen. S kann erschrocken beobachten, wie R auf diesen unerwarteten Stufen stolpert, ins Wasser stürzt und davon getrieben wird. S sprintet bis zur nächsten Brücke, springt über das Geländer und kann gerade noch verhindern, dass R unter die Brücke gerät und im weiterhin untertunnelten Teil der Pleiße in der Leipziger Unterwelt verschwindet. S zieht R an Land und führt vorschriftsmäßig und mit Erfolg die erforderlichen Wiederbelebungsversuche durch. Mit seinem Handy (wasserdicht) verständigt er die die Rettungssanitäter, die R zur Überprüfung ins Krankenhaus bringen.

1047 Nachdem er endlich Luft holen kann, stellt er mit Schrecken fest, dass er ausgerechnet heute seinen besten Anzug (Brioni) getragen hat, weil am späteren Nachmittag seine Lieblingsvorlesung stattfinden wird. Seine Sorgen lösen sich aber bald auf: Die Dame vom Reinigungsunternehmen „Flotte Wäsche“ lässt ihn wissen, dass sich die Wasserqualität der Pleiße so sehr verbessert hat, dass ein gelegentliches Bad einem hochwertigen Anzug nicht schadet, vielleicht sogar langfristig vorteilhaft ist. Der Anzug muss nur aufgebügelt werden. Ungeachtet dieser positiven Entwicklung kann S seine Nachmittagsvorlesung aber nur dadurch wahrnehmen, dass er sich mit einem Taxi nach Hause fahren lässt, sich dort umzieht und wieder mit einem Taxi zurückeilt (Kosten: 40 Euro).

Welche Ansprüche hat S gegen R?

Abwandlung 1

1048 S hat kein wasserdichtes Handy bei sich, sondern ein normales. Nachdem er das Wasser verlässt und telefonieren will, sieht er nur noch eine Luftblase im Display, statt eines Freizeichens hört er nur ein Blubbern. Weder Trocknen im Backofen noch in der Mikrowelle bringen Abhilfe. Das Handy hatte einen Wert von 250 Euro. S ärgert sich sehr, da er sonst sehr umsichtig ist, aber bei dieser Gelegenheit das Handy einfach vergessen hat.

1049 Weiterer Ärger: Bei den Wiederbelebungsversuchen hat S infolge Unachtsamkeit die Perlenkette der R zerrissen; fast alle Perlen (echt) sind unwiederbringlich in der Pleiße verschwunden (vermutlich auf der Stelle von Fischen gefressen, die infolge Weitsichtigkeit Perlen für kleine schmackhafte Kugelfische halten, Angelversuche zwecklos, da die Fische infolge ihrer Weitsichtigkeit die üblichen Köder nicht erkennen).

Noch schlimmer: S hätte einen interessanten Nebenjob ausüben können. Den entsprechenden Termin hat er wegen der Rettungsaktion versäumt und möchte von R entsprechenden Ersatz.

Abwandlung 2

1050 R hatte absichtlich die Brille zuhause gelassen und sie wusste auch aus der LVZ (nachgeschickt), dass die Pleiße geöffnet war. Der wahre Grund für ihren Sturz in die Pleiße: Sie war lebensmüde und wollte ihrer Tochter die Auszahlung der Unfallversicherung zugutekommen lassen. Als S neben ihr die Pleiße entlangsprintet, ruft sie ihm zu, er solle sie ihrem Schicksal überlassen, das Leben habe für sie keinen Sinn mehr. Gleichwohl setzt S seine Rettungsmaßnahme wie im Grundfall fort.

Hat er die selben Ansprüche?

1. Lösung Ausgangsfall

a) S gegen R auf Ersatz der Bügelkosten i.H.v. 25 Euro gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

1051 Vorliegen einer echten berechtigten GoA i.S.d. §§ 677, 683 S. 1 BGB:

1) **Geschäftsbesorgung**: (+)
2) **für einen anderen**:
   a) Fremdheit des Geschäfts: hier objektiv fremdes Geschäft
   b) Fremdgeschäftsführungswille, wird beim objektiv fremden Geschäft **vermutet**.
3) **ohne Auftrag** oder **sonstige Berechtigung (auftragsähnlich)**: § 323 c StGB ist keine „sonstige Berechtigung“ i.S.d. § 677, daher ist GoA in solchen Fällen nicht ausgeschlossen
4) § 683 S. 1 BGB:
   a) Handeln **im Interesse** des Geschäftsherrn (GH) → obj. Maßstab: (+)
   b) Handeln entspricht dem **wirklichen** oder **mutmaßlichen** Willen des GH → subj. Maßstab: mutmaßlicher Wille von R (+)

Rechtsfolgen des § 670 BGB: **1052**

1) **Aufwendungen** = alle **freiwilligen Einbußen an Rechten und Rechtsgütern**, die zur Erreichung des Auftragszweckes erbracht werden; auch **Schäden**, wenn sich in ihnen ein **typisches** Risiko der Geschäftsführung verwirklicht hat (Rechtsgedanke aus § 110 Abs. 1 HGB): bzgl. Bügelkosten für den Anzug (+)
2) zum **Zwecke der Geschäftsbesorgung**: (+)
3) **Erforderlichhalten** der Aufwendungen für den Geschäftsführer (GF) → „obj. Maßstab mit subj. Einschlag“: (+)

Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (+)

b) S gegen R auf Ersatz der Taxikosten i.H.v. 40 Euro gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

Berechtigte GoA (+), Tatbestand wie vor **1053**

Kosten für das Taxi als **Aufwendungen** i.S.d. § 670 BGB

Aufwendungen müssen „zum Zwecke der Ausführung“ gemacht worden sein. Die fraglichen Aufwendungen sind hier erst **nach** Abschluss des Geschäfts entstanden. Nachträgliche Aufwendungen sind nur ersatzfähig, wenn sie eine **Nachwirkung der GoA** darstellen, d.h. der GH hätte sie erfahrungsgemäß auch dann hätte tragen müssen, wenn er anstelle des GF tätig geworden wäre. Hier sind aber Aufwendungen jedoch nur angefallen, weil S eigene Interessen verfolgte (Besuch der Vorlesung).

Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (-)

2. Lösung Abwandlung 1

a) S gegen R auf Ersatz der Kosten für das Handy gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

Vorliegen einer echten berechtigten GoA i.S.d. §§ 677, 683 S. 1 BGB: (+) **1054**

Rechtsfolgen des § 670 BGB:

1) Aufwendungen, d.h. freiwillige Einbuße an Rechten und Rechtsgütern (-), aber **geschäftsspezifischer Schaden** (= unfreiwillige Einbuße an Rechten und Rechtsgütern**)**, der nach dem Rechtsgedanken des § 110 Abs. 1 HGB auch von § 670 erfasst wird (ganz h.M.)
2) evtl. Anrechnung des Mitverschuldens von S gemäß § 254 BGB (ggf. analog): **aber** Haftungsprivileg des **§ 680** BGB für den GF hier anwendbar, da Geschäft zur Gefahrenabwehr; S handelte nicht grob fahrlässig, daher kein Mitverschulden nach § 254 BGB wegen § 680 BGB

Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB in vollem Umfang(+)

b) S gegen R auf Ersatz der entgangenen Vergütung §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

Arbeitsleistung (hier Rettung) ist selbst grds. keine ersatzfähige Aufwendung, **außer** die Geschäftsführung gehört zum **Beruf oder Gewerbe des GF** (z.B. Arzt); vgl. auch § 1835 Abs. 3 BGB (ganz h.M.). **1055**

Aus der Unentgeltlichkeit der GoA ergibt sich aber auch, dass ein entgangener Verdienstausfall nicht ersatzfähig sein kann.

Problem hier zudem: Verdienstanspruch bestand nicht, da die von S vereinbarte Beratungstätigkeit gegen § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG verstößt (= Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB).

Anspruch auf Ersatz der entgangenen Vergütung (-)

c) R gegen S auf Ersatz der Perlenkette aus pFV der GoA, § 280 Abs. 1 BGB

Voraussetzungen in § 280 Abs. 1 BGB (pFV): **1056**

1) Bestehen eines Schuldverhältnisses: echte berechtigte GoA i.S.d. §§ 677, 683 S. 1 BGB als **gesetzliches** Schuldverhältnis (+)
2) Pflichtverletzung: sorgfaltswidrige Ausführung des Geschäfts durch Zerreißen der Perlenkette von R
3) Verschulden, § 280 Abs. 1, S. 2 BGB: Ausführungsverschulden grds. nach § 276 BGB zu beurteilen, **aber** hier Haftungsprivileg für S als GF nach **§ 680 BGB**; also wegen leichter Fahrlässigkeit kein Verschulden von S.

Anspruch aus pFV der GoA nach §§ 280 Abs. 1, 677, 683 S. 1 BGB (-)

d) R gegen S auf S auf Ersatz der Perlenkette gemäß § 823 Abs. 1 BGB

Voraussetzungen: **1057**

1) Handlung von S: Zerreißen der Perlenkette
2) Verletzung eines absoluten Rechts i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB: Eigentumsverletzung bzgl. der Perlenkette der R
3) haftungsbegründende Kausalität zwischen Handlung und Rechtsgutsverletzung
4) Rechtswidrigkeit: die **berechtigte GoA** i.S.d. §§ 677, 683 S. 1 BGB **ist Rechtfertigungsgrund**, wenn die Handlung unter 1) im Rahmen des § 677 BGB erfolgt ist; hier (-), zwar ist Geschäfts**übernahme** im Rahmen des § 677 BGB nicht jedoch die **Ausführung** durch Zerreißen der Perlenkette; also Rechtswidrigkeit (+)
5) Verschulden: auch hier ist der Maßstab des **§ 680 BGB** anzuwenden; da andernfalls Wertungswiderspruch; also **kein** Verschulden des S.

1058 Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB (-)

3. Lösung Abwandlung 2

S gegen R auf Ersatz der Bügelkosten aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

1059 Vorliegen einer echten berechtigten GoA i.S.d. §§ 677, 683 S. 1 BGB

1) Geschäftsbesorgung: (+)
2) für einen anderen, d.h. fremdes Geschäft, mit Fremdgeschäftsführungswillen: (+)
3) ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung, vgl. oben: (+)
4) § 683 S. 1 BGB:
   a) Handeln im **Interesse** des GH (obj.): (+)

   b) Handeln entspricht wirklichem oder mutmaßlichem Willen des GH: hier entgegenstehender **ausdrücklicher** wirklicher Wille der R; dieser ist auch wenn er sich als vernunftwidrig darstellt, wegen des Prinzips der Privatautonomie beachtlich.

   mögl. Überwindung wegen Vorliegens öffentlicher Interessen nach **§ 679 BGB**: Selbstmord an sich nicht strafbar, aber nach noch h.M. **§ 679 BGB analog**, da Wille des Suizidenten gegen §§ 134, 138 BGB verstößt (zw.), a.A: entgegenstehender Wille ist unmaßgeblich wegen § 138 BGB; dazu Staudinger/*Bergmann* § 679 Rn. 10; also § 683 S. 2, 1 BGB (+)

1060 Rechtsfolgen des § 670 BGB: (+)

Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (+)

u § 679 BGB: Verkehrssicherungspflicht, BGHZ 65, 358 und 386; Zustandsstörung BGHZ 110, 318; zur Diskussion bei Parkverstößen *Janssen* NJW 1995, 625 (dazu auch Fall unten). erforderlich ist **Rechts**pflicht (str.)

****

III. Fall: Funkenflug

Thema: Privatrechtliche GoA bei Tätigwerden eines Verwaltungsträgers

siehe dazu auch, oben Teil I, S. 59.

1061 Im Jahre 1959 entstand entlang der Bahnstrecke von A nach B durch Funkenflug aus einer vorbeifahrenden Lokomotive ein Waldbrand, zu deren Bekämpfung u.a. die freiwillige Feuerwehr der Gemeinde P eingesetzt wurde. Sie verlangt von der Bundesbahn Ersatz ihrer Aufwendungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

Anm.: Die Bundesbahn hatte gegenüber den Waldeigentümern gemäß § 1 HPflG (Haftpflichtgesetzes) und aus unerlaubter Handlung zu haften.

Fall nach BGHZ 40, 28 = NJW 1963, 1825; zur Frage der Polizei als Geschäftsführer ohne Auftrag vgl. *Staake* in JA 2004, 800

1. Lösungshinweise

Anspruchsgrundlage: §§ 677, 683 S. 1 BGB i.V.m. § 670 BGB

1062 Voraussetzungen:

a) Fremdes Geschäft (§ 677 BGB)

1063 **Objektiv fremd** ist ein Geschäft, wenn es zumindest auch Angelegenheiten betrifft, die (nach außen erkennbar) eigentlich der Sorge eines anderen obliegen, in seinem Interessenkreis liegen.

Beispiel: Beaufsichtigung der Kinder im Einleitungsfall (Tankstelle).

Davon zu unterscheiden sind **neutrale** Geschäfte, bei denen sich erst aus dem nach außen erkennbaren Willen des Geschäftsführers ergibt, dass es für einen anderen geführt wird (sog. **subjektiv** fremdes Geschäft).

1064 Die Unterscheidung ist für den Fremdgeschäftsführungswillen wichtig. Dieser wird beim objektiv fremden Geschäft **vermutet;** beim subjektiv fremden Geschäft muss ihn der Geschäftsführer **nachweisen** (in Klausur: konkrete Angabe).

Hier: Eine kommunale Feuerwehr wird in erster Linie aus **Gründen des Allgemeininteresses** tätig. Die Allgemeinheit soll vor Schaden bewahrt werden. Diese Verpflichtung ist regelmäßig in den **kommunalen Feuerwehrsatzungen** ausdrücklich benannt. Auch die Finanzierung durch öffentliche Gelder zeigt, dass es sich um eine Tätigkeit im **Allgemeininteresse** handelt. Ob sie deshalb überhaupt ein objektiv fremdes Geschäft für eine andere Person führen kann, ist streitig.

1065 Die Rechtsprechung bejaht in solchen Fällen ein Geschäft des „Störers". So auch in diesem Fall (BGHZ 40, 28 = NJW 1963, 1825). Die Feuerwehr werde zwar aufgrund ihrer gesetzlichen Verpflichtung, aber **auch** im **Interesse der Bahn** tätig (**auch fremdes** Geschäft), weil sie (auch) verhindern soll, dass sich der Umfang des Schadens und damit eines Anspruchs des Waldbesitzers gegen die Bahn erhöht.

1066 Gegen diese Auffassung lassen sich beachtliche Bedenken vorbringen. Z.B. ist bei der GoA der Geschäftsführer dem Willen des Geschäftsherrn untergeordnet (vgl. § 677 BGB). Mit der Erfüllung einer öffentlichen Pflicht ist es aber unvereinbar, dass eine Unterordnung unter Privatinteressen verbunden ist (*Medicus/Petersen* BR Rn. 412).

Der angeführten Entscheidung ist auf der anderen Seite zugutezuhalten, dass sie dem Begünstigten aus der Feuerwehraktion die Kosten auferlegen will, statt sie der Allgemeinheit aufzubürden. Ihre Problematik liegt eher darin, dass sie den Anwendungsbereich der GoA enorm ausufern lässt. Dies gilt vor allem, wenn das Konzept des "auch-fremden Geschäfts" auf **vertragliche** Beziehungen angewandt wird. Wenn ein Dritter durch eine Vertragsleistung begünstigt wird, steht sogleich ein Anspruch aus GoA im Raum (dazu unten Fall Viereckige Augen S. 158). Daneben bestehen im öffentlich-rechtlichen Bereich die Probleme des Gesetzesvorbehalts, sowie eine sicherlich nicht gewollte Abschreckungswirkung für Ernstfälle.

Mögliche Differenzierung: **1067**

GoA scheidet aus, wenn **vertragliche** Verpflichtung gegenüber einem andern erfüllt wird. Begründung: Allein der entsprechende Vertrag regelt, ob und von wem der Geschäftsführer Vergütung oder Aufwendungsersatz zu bekommen hat.

Bei **gesetzlicher** Verpflichtung: Es kommt darauf an, ob die entsprechende gesetzliche Regelung die Frage der Vergütung und des Aufwendungsersatzes abschließend regelt, ggf. auch in dem Sinn, dass der Geschäftsführer nichts aus diesem konkreten Anlass zu erhalten hat (z.B. Katastrophenschutz bei Rettungs- und Schutzmaßnahmen in Fällen höherer Gewalt). Im Idealfall enthalten die entsprechenden Bestimmungen Regelungen und Kriterien, anhand derer eine etwaige Erstattungspflicht der Begünstigten oder eine Inanspruchnahme der allgemeinen Finanzierung insbesondere aus öffentlichen Kassen zu begründen ist. **1068**

Hier: Wenn man der Rechtsprechung folgt, liegt ohne weiteres ein (auch-) fremdes Geschäft vor. Nach der o.a. Differenzierung: Auslegung der gesetzlichen Grundlage der Feuerwehrtätigkeit: Aufwendungsersatz überhaupt geregelt? In welchem Sinn und ggf. anhand welcher Kriterien? Nur wenn völlig offengelassen, kommt GoA in Betracht. **1069**

b) Fremdgeschäftsführungswille

Folgt man dem BGH in seiner Auffassung, dass ein **objektiv (auch) fremdes** Geschäft vorliegt, so ist auch der Fremdgeschäftsführungswille gegeben. Der Wille, ein fremdes Geschäft zu führen, wird bei einem objektiv fremden Geschäft **vermutet** (BGHZ 98, 235, 240 = NJW 1987, 187). Dies gilt auch für das (auch-)fremde Geschäft. **1070**

c) Rechtsfolge:

§ 670 BGB: Aufwendungsersatz. **1071**

Nach Auffassung des BGH können sich zudem Ersatzansprüche aus den einschlägigen **öffentlich-rechtlichen** Vorschriften ergeben.

****

IV. Fall: Dumm gelaufen

Thema: Objektives Interesse und Wille des Geschäftsherrn, § 683 S. 1 BGB

Die lebensfrohe Brunhilde gönnt sich einen aufregenden Urlaub in einem sardischen Stützpunkt des M-Club. Als sie erschöpft von der Rund-um-die-Uhr-Animation plötzlich ohnmächtig wird und nur noch geringe Lebenszeichen von sich gibt, ruft die Reiseleitung ein Rettungsflugunternehmen in München an (Ultima GmbH), da am Ort keine adäquate Hilfe erreichbar ist. Sie schildert den dringenden Notfall, macht aber deutlich, dass sie selbst keinerlei Verpflichtungen übernehme und auch den Zustand der Brunhilde unter ärztlichen Gesichtspunkten nicht einschätzen könne. Als das Rettungsflugzeug eintrifft, ist Brunhilde nicht mehr transportfähig und verstirbt kurz darauf. Die Ultima GmbH fordert 8.000 Euro für den Rettungsflug (üblicher Tarif) von Brunhildes Mutter als Alleinerbin. Die Mutter, der von vornherein die Urlaubspläne missfielen, lehnt jede Zahlung ab. Die Rettungsaktion sei angesichts des Zustands ihrer Tochter sowieso zwecklos gewesen; es handele sich um üble Geschäftemacherei in Zusammenwirken mit der Reiseleitung. **1072**

Vgl. auch OLG Frankfurt, JuS 1997, 272 *(K. Schmidt)* = NJW-RR 1996, 1337 **1073**

Lösungshinweise

Anspruchsgrundlage: §§ 677, 683 S. 1, 670, 1922, 1967 BGB

Anspruch gegen die Mutter als Erbin setzt voraus, dass ein Anspruch gegen die Erblasserin (Brunhilde) bestanden hat. **1074**

In Betracht kommt ein Anspruch aus berechtigter GoA; §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB.

Fremdes Geschäft (+) **1075**

Im Interesse **und** mit mutmaßlichem Willen des Geschäftsherrn?

Bei der Ermittlung des Interesses **und** des Willens ist auf Brunhilde und nicht etwa auf deren Mutter abzustellen, da es ausschließlich Aufgabe der jeweiligen Person ist, für die eigene Gesundheit zu sorgen. Mögliche Vermögenseinbußen durch Verringerung der Erbschaft sind ohne Bedeutung.

Problem: Veranlassung der Transportleistung im Interesse und mutmaßlichen Wille von Brunhilde? **1076**

Im Interesse (objektive Nützlichkeit)?

Das objektive Interesse geht bei lebensgefährlichen Situationen immer dahin, **alle möglichen** Maßnahmen zur Rettung zu ergreifen. Dabei kann kein prozentualer Wert einer Überlebenschance maßgeblich sein. Auch wenn nur geringe Chancen bestehen, ist davon auszugehen, dass eine solche Rettungsaktion dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht. Nur wenn **offensichtlich** ist, dass die Rettungsaktion fehlschlagen **muss**, ist das Interesse des Geschäftsherrn zu verneinen. B gab hier noch Lebenszeichen von sich, so dass jedenfalls aus seinerzeitiger Sicht Überlebenschancen keineswegs offensichtlich zu verneinen waren.

Rettungsflug auch **mit Wille**n der Brunhilde?

1077 **Geäußerter Wille** (-), insb. kein entgegenstehender; damit § 683 BGB: Abstellen auf **mutmaßlichen** Willen.

1078 Folgt grds. aus dem **objektiven Interesse**, das die Wahrung aller Rettungsmöglichkeiten verlangt. Kostengünstigere gleichwertige Rettungsmöglichkeiten standen ebenso nicht zu Verfügung, daher (+).

Anspruchsgegnerin ist mit dem Tod der Brunhilde ihre Mutter als Alleinerbin geworden (§§ 1922, 1967 BGB).

****

V. Fall: Viereckige Augen

Thema: Mitverpflichtung des Ehegatten nach § 1357 BGB bei ärztlicher Behandlung; GoA neben der Erfüllung vertraglicher Pflichten

siehe dazu auch, oben Teil I, S. 58ff.

1079 M und F sind seit vielen Jahren verheiratet. F arbeitet als Chefsekretärin und verdient gut. M ist vor einigen Jahren arbeitslos geworden. Seitdem hat er sich zu einem passionierten Passivsportler entwickelt. Ihm entgeht - mit Hilfe der einschlägigen TV-Kanäle - kein sportliches Ereignis. M und F leben von dem Einkommen der F, M hat keinerlei Einkünfte oder Vermögen. Eines Tages bemerkt M beim Verfolgen der Oberliga-Spitzenpartie Sachsen Leipzig gegen den Chemnitzer FC, dass sein Sehvermögen beeinträchtigt ist. Bald darauf begibt er sich, in Sorge wegen des abendlichen Championsleaguespiels des FC Manchester United gegen den FC Bayern München, zum Augenarzt Dr. A. Dieser stellt einen „grauen Star“ bei M fest und empfiehlt dem M, die Erkrankung schnellstmöglich in seiner Privatklinik behandeln zu lassen. M willigt ein und begibt sich am gleichen Nachmittag in die Klinik des Dr. A, wo er sogleich operiert wird. Abends kann M das Fußballspiel schon wieder – allerdings nur am Radio – verfolgen. Resigniert stellt er nach der 91. Minute fest, dass er sich das Elend (auf dem Rasen) wenigstens nicht habe ansehen müssen.

Einige Wochen später erhält M die Rechnung für die Operation über 6.500 Euro. Da M nicht zahlen kann, verlangt Dr. A den Betrag nun von F. Zu Recht?

Nach LG Bonn, FamRZ 1970, 321 (dazu *Medicus/Petersen* BR Rn. 414)

Abwandlung

1080 Wie wäre zu entscheiden, wenn M und F bei sonst gleichem Sachverhalt getrennt leben würden?

1. Lösungshinweise Ausgangsfall

a) Anspruchsgrundlage: §§ 630a Abs. 1, 1357 Abs. 1 BGB

(1) Dienstvertrag zwischen M und Dr. A

1081 Hier Behandlungsvertrag (seit 2013 explizit im BGB geregelt), da Operation des Auges eine medizinische Behandlung darstellt. Hauptleistungspflicht des Behandelten ist nach § 630a Abs. 1 BGB die Zahlung der Vergütung. In Frage stehen die essentialia negotii, in konkreter Form der Vergütungshöhe. Subsidiär sind hier die Vorschriften über den Dienstleistungsvertrag anzuwenden, § 630b BGB. Demnach bedurfte es keiner ausdrücklichen Einigung über eine Vergütung, §§ 630b, 612 Abs. 1 und 2 BGB.

(2) Mitverpflichtung der F nach § 1357 Abs. 1 BGB

1082 Mitverpflichtung der F nach § 1357 Abs. 1 BGB; (+), wenn Operation zur Deckung des Lebensbedarfs der Familie diente:

Restriktive Auslegung: nur solche Geschäfte, über deren Abschluss eine Verständigung zwischen den Ehegatten **gewöhnlich** als **nicht notwendig** angesehen wird und über die i.d.R. auch vorab keine Abstimmung stattfindet. Anders nur bei medizinisch indizierten, **unaufschiebbaren ärztlichen** Behandlungen. Lebensbedarf beinhaltet auch **Erhalt der Lebensqualität** (vgl. BGHZ 116, 184 = NJW 1992, 910 = FamRZ 1992, 291). Auch Anknüpfung am Unterhalt, den der andere Ehepartner schuldet. Kosten der notwendigen Behandlung sind damit grds. irrelevant. Zudem auch Erhalt der Arbeitskraft des M (zumindest zu häuslicher Arbeit).

1083 Beschränkung nach § 1357 Abs. 2 BGB (-)

Anspruch (+)

b) Anspruchsgrundlage: §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

Fremdes Geschäft (§ 677 BGB)

1084 Problem: fremdes Geschäft unter dem Gesichtspunkt, dass F dem M nach §§ 1360, 1360a BGB unterhaltspflichtig ist; Dr. A andererseits eine vertragliche Verpflichtung dem M gegenüber erfüllen wollte.

Str.: **Auch fremdes Geschäft**, wenn **vertragliche Verpflichtung** mit einem Dritten?

Teilweise wird das für möglich gehalten (so das LG Bonn in diesem Fall; gelegentlich auch der BGH: (BGHZ 101, 393, 399 = NJW 1988, 132-133 = WM 1987, 1369; BGH NJW-RR 1989, 970).

a.A. z.B. OLG Koblenz NJW 1992, 2367 GoA scheidet aus, wenn **vertragliche** Verpflichtung gegenüber einem andern erfüllt wird. Begründung: Allein der entsprechende **Vertrag** regelt, ob und von wem der Geschäftsführer Vergütung oder Aufwendungsersatz zu bekommen hat. Zudem ist nicht einzusehen, warum Dr. A ein (solventer) Anspruchsgegner zukommen soll, obschon es gerade in seinen vertraglichen Risikobereich fällt, sich über die Solvenz seines Vertragspartners zu informieren.

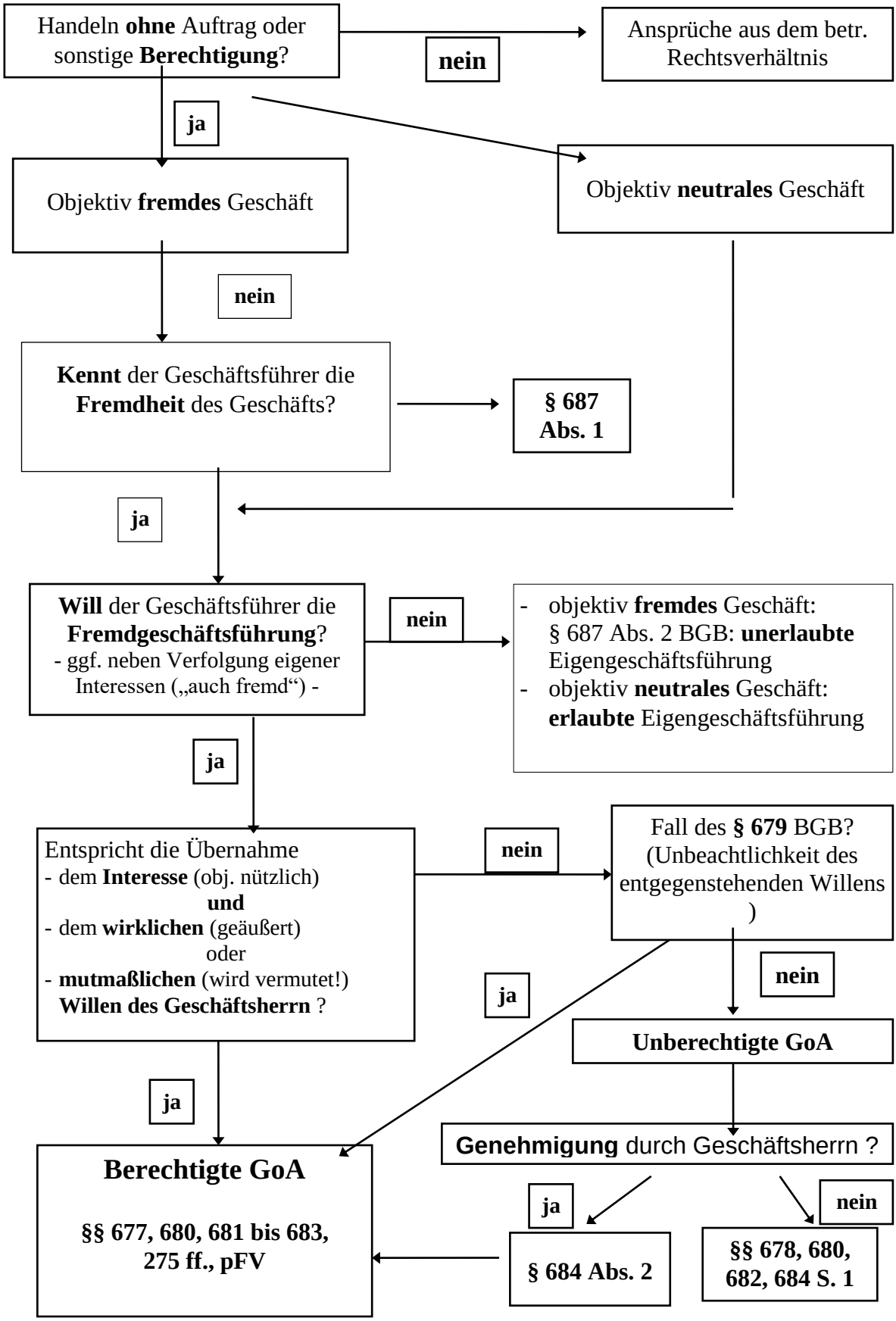
Letztere Ansicht vorzugswürdig. Unterhaltspflicht der F gegenüber M geht Dr. A nichts an (beachte: sonst auch Anzeigepflicht nach § 681 S. 1 BGB oder Benachrichtigungspflicht nach §§ 681 S. 2, 666 BGB). **1085**

2. Lösungshinweise Abwandlung

Anspruch aus §§ 630a Abs. 1, 1357 Abs. 1 BGB scheidet aus, da Ehegatten getrennt leben (§ 1357 Abs. 3 BGB). **1086**

Anspruch aus GoA scheidet nach der hier vertretenen Auffassung aus (beachte: Getrenntleben ändert grds. nichts an Unterhaltspflichten).

VI. Übersicht zur Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)



VII. Ansprüche bei GoA

Übersicht **1087**

1. „Echte“ GoA: §§ 677 ff. BGB

	Berechtigte GoA (§ 683 S. 1 BGB)	**Unber. GoA (vgl. § 684 S.1 BGB)**
Ansprüche des GH gegen den GF	**§ 681 S. 2 i.V.m. § 667** (s.a. § 682)**:** Herausgabe des Erlangten **§ 677 i.V.m. § 280 I.** (s. aber §§ 680, 682): SchE wg. Ausführungsverschulden	1) **wenn GH genehmigt:** wie links (§ 684 S. 2 ist insoweit ungenau bzw. unvollständig!) ***sonst:*** 2) **§ 678:** SchE wg. Übernahmeverschuldens (s.a. §§ 680, 682): Haftung für alle Folgen ohne diesbzgl. Weiteres Verschulden! 3) **§§ 812 ff., §§ 823 ff.** (§ 680 BGB!)
Ansprüche des GF gegen den GH	1) **§ 683 i.V.m. § 670:** Ersatz der Aufwen dungen (wie beim Auftrag) 2) *Merkmale:* (1) Geschäftsbesorgung **für einen anderen**, (2) **ohne** Auftrag oder sonstige Berechtigung, (3) im **Interesse** und entsprechend dem **Willen** (mutmaßlich oder wirklich) des Geschäftsherrn	1) **wenn GH genehmigt:** wie links (§ 684 S. 2 BGB) 2) *sonst:* **§ 684 S. 1 i.V.m. §§ 812 ff.** (Aufwendungskondiktion)

2. „Unechte GoA“: § 687 BGB

	§ 687 Abs. 1 BGB: Irrtümliche Eigengeschäftsführung (schuldlos oder fahrlässig)	**§ 687 Abs. 2 BGB**: Geschäftsanmaßung unerlaubte Eigengeschäftsführung (vorsätzlich)
Ansprüche des GH gegen den GF	1) §§ 812 ff. (wenn nicht durch EBV ausgeschlossen) 2) §§ 823 ff. (wenn nicht durch EBV ausgeschlossen) 3) aus EBV (wenn Sache im Besitz des GF)	1) **§ 687 Abs. 2 S. 1 i.V.m. §§ 681 S. 2, 667**: Herausgabe des Erlangten 2) **§ 687 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 678**: SE oder (wenn GH den Anspruch aus § 687 Abs. 2 S. 1 nicht geltend macht): **§§ 812 ff., §§ 823 ff**
Ansprüche des GF gegen den GH	1) §§ 812 ff. (wenn nicht durch EBV ausgeschlossen) 2) aus EBV (wenn Sache im Besitz des GF)	1) § 687 Abs. 2 S. 2 i.V.m. §§ 684 S. 1, 812 ff. (Aufwendungskondiktion) 2) oder (wenn GH den Anspruch aus § 687 Abs. 2 S. 1 nicht geltend macht): §§ 812 ff.

VIII. Hinweise zur Nacharbeit

Martinek/Theobald, Grundfälle zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 1997, 992 und 1998, 27; *Früh*, Bürgerliches Recht in der Fallbearbeitung, 5. Teil. Ansprüche aus GoA; JuS 1995, 419; *Henssler*, Grundfälle zu den Anspruchsgrundlagen im Recht der GoA, JuS 1991, 924; *Schreiber*, Das auch-fremde Geschäft bei der GoA, Jura 1991, 155; *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), JuS 2016, 12.

IX. Zum Abschluss: Examensfall zu GoA und Delikt (mit Besitzschutz)

Fall: Leidige Parkprobleme

A ist Inhaber eines Großhandelsunternehmens in Leipzig. Da er häufiger auswärtige Termine wahrnehmen muss, hat er für sich und seine Mitarbeiter einen Parkplatz unmittelbar neben dem Verwaltungsgebäude angemietet und ihn deutlich als "Firmenparkplatz" gekennzeichnet. Als A eines Tages gegen 15.00 Uhr zu einem wichtigen Auswärtstermin starten will, muss er feststellen, dass der Wagen des N in der Ausfahrt steht und diese versperrt. Der Tourist N hatte seinen Wagen unberechtigt um 11.00 Uhr auf dem Firmenparkplatz abgestellt, weil er außerhalb keinen freien Parkplatz mehr gefunden hatte und davon **1088**

ausgegangen war, bis zum Feierabend in jedem Fall zurückzukommen. A, der noch eine Viertelstunde vergeblich auf die Rückkehr des N gewartet und sich währenddessen erfolglos um eine anderweitige Beförderungsmöglichkeit gekümmert hat, beauftragt schließlich den ihm als zuverlässig bekannten Abschleppunternehmer U mit dem Abschleppen des Wagens des N. U verbringt ihn auf den nächstgelegenen freien Parkplatz, der sich in der 800 m entfernten L - Straße befindet.

Als N bei seiner Rückkehr sein Auto nicht vorfindet, wendet er sich an die Polizei. Diese findet im Zuge einer sofort eingeleiteten Suche den Wagen auf dem Parkplatz in der L - Straße auf; jedoch weist er an der Vorderfront erhebliche Lackschäden und eine große Beule auf. Bei Nachforschungen des N stellt sich heraus, dass der Wagen auf dem Transport durch U aus Unachtsamkeit beschädigt wurde.

A verlangt von N Ersatz der Abschleppkosten von 200 Euro, die er an U gezahlt hat. N, der insbesondere angesichts der Beschädigung seines Wagens über das Ansinnen des A empört ist, verlangt von A als "Urheber der Abschleppmaßnahme" Erstattung der Reparaturkosten für die Beseitigung der Transportschäden. A, der sich in Bezug auf die Beschädigung des Wagens keiner Schuld bewusst ist, verweist den N wegen der Reparaturkosten an den Schädiger U.

Aufgabe:

In einem Gutachten ist zu prüfen,

1. ob A von N Zahlung der Abschleppkosten verlangen kann;
2. ob N gegen A und/oder U einen Anspruch auf Zahlung der zur Beseitigung der Transportschäden an seinem Wagen erforderlichen Reparaturkosten hat.

Hinweise zur Lösung in Stichworten

1089 Achtung: Dies ist **keine Musterlösung**. Insbesondere ist aus Platzgründen und um möglichst knapp auf Alternativen einzugehen, der Gutachtenstil nicht gewahrt. Es werden nur die Fallprobleme und ihre vertretbaren Lösungen in eine aufbaumäßig zutreffenden Reihenfolge angesprochen. Der Fall zeichnet sich u.a. darin aus, dass er verschiedene Lösungen zulässt. Es kommt für die Qualität der Bearbeitung auf die Benennung der richtigen rechtlichen Problematik und eine vertretbarer Argumentation an.

1. Anspruch des A gegen N auf Erstattung der Abschleppkosten

a) Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

(1) Besorgung eines fremden Geschäfts

1090 "Geschäft" i.S.d § 677 BGB ist die Besorgung irgendeiner Angelegenheit rechtlicher und auch rein tatsächlicher Art.

1091 Fremd = berührt den Rechts- und Interessenkreis eines Dritten, gleichzeitig kann auch der Interessen- und Rechtskreis des Geschäftsführers betroffen sein (sog. "auch - fremdes" Geschäft). Das Merkmal ist also hier gegeben, obwohl A mit der Entfernung des Wagens auch eigene Interessen verfolgt hat, aber im übrigen in die Eigentümerbefugnisse von N eingegriffen hat.

(2) Fehlende Berechtigung des A

1092 Problem: Ergibt sich eine Berechtigung aus § 859 Abs. 3 BGB?

Verbotene Eigenmacht (Entzug des Besitzes an der "zugeparkten Fläche") liegt vor. Fraglich ist allerdings, ob sich hieraus eine Berechtigung i.S.d. § 677 BGB ergibt.

Die Frage kann dahin gestellt bleiben, wenn man den Zeitraum von 4 Stunden zwischen Abstellen und Entfernen des Wagens für zu lange hält, um eine **sofortige** Entfernung zu bejahen (dazu LG Frankfurt a. M. NJW 1984, 183; AG München, NJW 1996, 853). Die Faustregel, dass die Motorhaube noch warm sein muss, spricht jedenfalls gegen eine zulässige Selbsthilfe des Besitzers. Diese Lösung ist auf jeden Fall vertretbar.

Lässt man die Selbsthilfe auch noch nach 4 Stunden zu (hier bedenklich, aber noch vertretbar) ist die Frage zu beantworten, ob das Selbsthilferecht nach § 859 Abs. 3 BGB generell als eine Berechtigung im Sinne des § 677 BGB gelten kann. Dies lässt sich durchaus bejahen. Aber auch die Gegenauffassung ist vertretbar, dass § 677 BGB nur eine dem **Auftrag vergleichbare rechtsgeschäftliche Berechtigung** meint, die im Falle des § 859 Abs. 3 BGB nicht vorliegt (Selbsthilfe unabhängig vom Willen des Geschäftsherrn).

(3) Im Interesse und mit Willen des Geschäftsherrn

1093 Hat man insoweit die Voraussetzungen einer GoA bejaht, ist weiter zu prüfen, ob die Geschäftsführung im Interesse **und** mit Willen des Geschäftsherrn stattgefunden hat.

1094 **Interesse (objektives Element)**: Bei objektiver Betrachtung wird man darauf abstellen müssen, dass mit dem Abschleppen die Verpflichtung des N gemäß § 861 BGB erfüllt wurde (vgl. AG Frankfurt a. M. NJW 1990, 917; BGH **NJW 2016, 2407, 2408, Rn. 8f.).**

1095 Als weitere Voraussetzung muss die Geschäftsführung mit dem **Will**en des Geschäftsherrn übereinstimmen (**subjektives Element**).

Primär ist der **wirkliche Wille** maßgeblich, der allerdings geäußert sein muss (liegt hier nicht vor).

1096 Der **mutmaßliche** Wille wird grundsätzlich aus dem zuvor festgestellten Interesse abgeleitet (mangels anderer Anhaltspunkte). Im vorliegenden Fall spricht gegen diesen Schluss allerdings, dass mit dem Abschleppen erhebliche Kosten anfallen, mit denen der Geschäftsherr vermutlich nicht einverstanden sein wird. Andererseits könnte in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen sein, dass anderenfalls erheblicher Schadensersatz droht (Kosten für Taxi oder entgangener Gewinn). Hier war allerdings nach dem Sachverhalt keine anderweitige Beförderungsmöglichkeit zu finden und für drohende konkrete Verluste

ergeben sich auch keine Anhaltspunkte (BGH tendiert zur Lösung über den mutmaßlichen Willen, BGH NJW 2016, 2407, 2408, Rn. 12).

All dies könnte man allerdings dahin gestellt sein lassen, wenn ein etwaiger entgegenstehender Wille ohnehin nach § 679 BGB unbeachtlich wäre. Immerhin ist N einer Verpflichtung aus § 861 BGB ausgesetzt und außerdem kommt ein Verstoß gegen die StVO in Betracht (vgl. § 12 Abs. 3 Ziff. 2/3 StVO, im Einzelnen hier aufgrund des SV schwierig). Hierzu lässt sich der Standpunkt vertreten, dass das öffentliche Interesse berührt ist (so wohl i.E. *Lorenz*, **NJW 2009, 1025**, 1027; einschränkend AG Frankfurt a. M. NJW-RR 1990, 731; dagegen aber zutreffend *Janssen* NJW 1995, 624, jeweils zu Blockaden von Grundstücksausfahrten).

(4) Umfang des Aufwendungsersatzanspruchs gemäß § 670 BGB

Die **Erforderlichkeit** ist zu prüfen anhand eines objektiven Maßstabs mit subjektivem Einschlag (Wortlaut: „halten darf"): Der Beauftragte muss nach seinem verständigen Ermessen aufgrund sorgfältiger Prüfung aller Umstände die Aufwendungen für notwendig halten. Hier hat nach dem Sachverhalt keine anderweitige Beförderungsmöglichkeit zur Verfügung gestanden und A hatte einen wichtigen Auswärtstermin. **1097**

b) Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

(1) Verletzung des Eigentums

Nicht denkbar im Hinblick auf den Parkplatz; A ist insofern nur **Mieter** (zur Beeinträchtigung des Besitzes s. u.). **1098**

Als weiteres kommt eine Eigentumsverletzung im Hinblick auf das **Fahrzeug des N** in Betracht, und zwar dadurch, dass es "eingesperrt" und damit unbenutzbar ist. **1099**

Problem: Hierzu ist aus dem Sachverhalt nicht klar erkennbar, ob A wirklich Eigentümer dieses Fahrzeugs ist. Es ist insbesondere nicht fernliegend, dass er als Inhaber eines Großhandelsunternehmens ein geleastes Fahrzeug benutzt. Insofern ist es korrekter, auch im Hinblick auf das Fahrzeug nicht auf das Eigentum, sondern auf den zweifelsfrei bestehenden Besitz abzustellen.

(2) Verletzung der Freiheit

Durch § 823 Abs. 1 BGB wird nur die körperliche (Fort-) Bewegungsfreiheit geschützt, nicht aber die Freiheit, sich in einer bestimmten Weise insbesondere mit einem bestimmten Verkehrsmittel fortzubewegen (allgemeine Handlungsfreiheit). H.M.: MüKoBGB/*Wagner* § 823 Rn. 161; *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 8, Rn. 27 ff.; a.A. *Eckert* JuS 1994, 625. **1100**

(3) Verletzung des Besitzes als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB

(a) Parkplatz

(aa) Beeinträchtigung des Besitzes am Parkplatz

Nach dem Sachverhalt hat N sein Fahrzeug auf dem Firmenparkplatz abgestellt, und zwar im Bereich der Ausfahrt. Damit hat er den Besitz an dem von A gemieteten Parkplatz beeinträchtigt. **1101**

(bb) Rechtswidrigkeit und Schuld

Dies geschah auch rechtswidrig und jedenfalls angesichts des Hinweisschildes auch schuldhaft. **1102**

(cc) Schaden

Die Besitzbeeinträchtigung hat auch in Form der Abschleppkosten einen Vermögensschaden zur Folge gehabt. Dieser war nicht nur äquivalent, sondern auch adäquat kausal. Zwar folgt hier die Kausalkette nicht naturwissenschaftlich zwingender Logik, sondern enthält die Reaktion des A als von seinem Willen abhängiges (willkürliches) Element. Diese Reaktion liegt aber im Rahmen des Üblichen und zu Erwartenden. Sie ist nicht nur psychologisch naheliegend, sondern rechtlich durch § 859 Abs. 3 BGB vorgegeben. **1103**

(b) Besitzbeeinträchtigung im Hinblick auf das Fahrzeug des A

Problem: A kann die tatsächliche Sachherrschaft an seinem Fahrzeug ausüben; er ist nur daran gehindert, mit seinem Fahrzeug den Parkplatz zu verlassen. Es ist fraglich, ob unter solchen Voraussetzungen eine Besitzbeeinträchtigung angenommen werden kann. **1104**

Problematik ist im Hinblick auf **Eigentumsverletzung** bekannt (vgl. oben Fall "Das versperrte Fleet"; BGHZ 55, 153, 159; neuere Konstellation hat ebenso Kfz-Bezug: BGH, **NJW 2015, 1174**). **1105**

Einzelheiten können hier allerdings dahinstehen, da eine Eigentumsverletzung durch Gebrauchsbeeinträchtigung nur dann angenommen wird, wenn die Gebrauchsbehinderung nicht bloß vorübergehender Natur ist (s. o. Fleetfall). Im vorliegenden Fall ging es nur um wenige Stunden.

Erst recht liegt keine Beeinträchtigung des Besitzes vor. Anders als das Eigentum umfasst der Besitz nämlich neben der tatsächlichen Sachherrschaft von vorneherein nicht auch die Sachnutzung. Sie ist faktisch mit dem Besitz verbunden, gehört aber nicht zu den Merkmalen des Besitzes (auch der Dieb genießt Besitzschutz, ohne dass ihm ein Recht zum Besitz zusteht; vgl. im einzelnen *Eckert*, JuS 1994, 625, 626 f.). **1106**

c) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 858 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 858 Abs. 1 BGB besteht im Hinblick auf die Störung des Besitzes am Parkplatz (verbotene Eigenmacht liegt vor, s.o.; § 858 Abs. 1 BGB als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB: wohl h.M. BGHZ 79, 323). **1107**

Im Hinblick auf das Fahrzeug scheidet ein Anspruch aus den gleichen Gründen wie zu § 823 Abs. 1 BGB dargelegt aus (vgl. *Eckert* JuS 1994, 625, 627; bea.: wäre A Eigentümer des Fahrzeugs, § 1004 BGB als Schutzgesetz: BGH DB 1964, 65, krit. OLG Köln NJW 1996, 1290).

d) Anspruch aus §§ 684 S. 1, 677, 818 Abs. 2 BGB

1108 Nur relevant, wenn im Rahmen des § 683 BGB die Voraussetzung einer berechtigten GoA abgelehnt worden sind.

Es bleibt zu prüfen, was N durch die Geschäftsführung des A erlangt hat. Insofern kommt in Frage, dass N durch die Abschleppmaßnahme von seiner Verbindlichkeit gegenüber A befreit worden ist, die auf eine Störung des Besitzes am Parkplatz zurückgeht (§§ 823 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit 858 Abs. 1 BGB). Hierfür müsste allerdings bekannt sein, welcher Schaden gedroht hätte, wenn A seinen Termin nicht wahrgenommen hätte.

2. Anspruch des N gegen A auf Ersatz der Reparaturkosten

a) Anspruch aus § 678 BGB

1109 Nur relevant, wenn von unberechtigter GoA ausgegangen wurde.

Zusätzlich zu prüfen ist dann nur noch das Übernahmeverschulden. Angesichts der Tatsache, dass sich im Hinblick auf den mutmaßlichen Willen sehr schwierige Abgrenzungsfragen ergeben (s.o.), liegt ein solches Übernahmeverschulden eher fern. Man wird A zugestehen müssen, dass er mit guten Gründen davon ausgegangen ist, dass es letztlich darauf ankommt, dass N zur Beseitigung der Störung verpflichtet ist.

b) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

1110 Eine berechtigte GoA begründet ein Schuldverhältnis, in dessen Rahmen positive Forderungsverletzungen möglich sind.

Schuldhafte Pflichtverletzung: Nicht durch A, sondern durch U (Sachverhalt: Unachtsamkeit). Zurechnung gemäß § 278 BGB (Tätigkeit mit Wissen und Wollen des A in dessen Pflichtenkreis aus GoA).

c) Anspruch aus § 831 Abs. 1 BGB

1111 U ist mangels Weisungsabhängigkeit kein Verrichtungsgehilfe. Außerdem kann A sich exkulpieren.

3. Anspruch des N gegen U auf Ersatz der Reparaturkosten

a) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. den Grundsätzen zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

1112 Zwischen N und U liegt ein Werkvertrag vor, der zugunsten des A Schutzpflichten entfalten müsste.

1113 Nach der älteren Rechtsprechung, die eine personenbezogene Fürsorgepflicht verlangt hat (Verantwortlichkeit für Wohl und Wehe, personenrechtlicher Einschlag) wäre hier eine Schutzwirkung zu verneinen. Die Rechtsprechung hat allerdings den Anwendungsbereich von Verträgen mit Schutzwirkung erheblich erweitert. Es soll ausreichen, dass die Leistung nach dem Vertragsinhalt bestimmungsgemäß dem Dritten zugute kommen soll (VSzD wird damit Ausdruck der ergänzenden Vertragsauslegung BGH NJW 1985, 489; BGH NJW 2014, 2345). Der früher verlangte personenrechtliche Einschlag ist nicht mehr erforderlich. Es kommt vielmehr an auf **Leistungsnähe** (der Dritte kommt bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung), die **Erkennbarkeit** dieser Umstände und der **Drittbezogenheit** der Leistung. Im Einzelnen sind die Abgrenzungen hierzu allerdings noch fließend und der BGH bestimmt von Fall zu Fall Kriterien im Detail (vgl. *Assmann*, JuS 1986, 885, *Medicus/Petersen* BR Rn. 839f.; auch BGH NJW 1987, 1758; BGH NJW 1993, 655). Die Rechtsprechung verlangt dabei insbesondere, dass der Dritte **schutzbedürftig** ist (BGHZ 70, 327, 330). Dies hängt damit zusammen, dass die Haftungsgrundsätze eine Schutzlücke schließen sollen, die insbesondere die deliktsrechtlichen Bestimmungen hinterlassen (s. Beweislast und Verjährung). Das Schutzbedürfnis wird damit dann angenommen, wenn kein „gleichwertiger" Anspruch für den Geschädigten besteht. Im vorliegenden Fall hat allerdings A einen Anspruch aus GoA (s.o.; je nach Lösungsweg aus berechtigter oder unberechtigter GOA). Insofern fehlt es an der spezifischen Schutzbedürftigkeit des N. (Zum VSzD dogmatisch interessanter Fall: *Lorenz*, **NJW 2011, 139.**)

b) Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

1114 Eigentumsverletzung: Liegt in der Beschädigung der Sache.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind nach dem Sachverhalt gegeben.

E. Schatzfund gemäß § 984

I. Fall: Wem gehört der Schatz? 165
II. Lösungshinweise 165
1. Ausgangspunkt: 165
2. Eigentumserwerb des "Entdeckers" 165

I. Fall: Wem gehört der Schatz?

Das Land Schleswig-Holstein lässt in der Lübecker Altstadt Abbrucharbeiten durchführen. Vertragspartner ist das Abbruchunternehmen A GmbH, das mehrere Subunternehmer beauftragt hat, unter anderem die B GmbH. Geschäftsführer dieser GmbH ist M und F ist als Baggerfahrer bei dieser GmbH beschäftigt. In den Verträgen zwischen dem Land und zwischen den Abbruchunternehmen ist folgende Regelung enthalten: „Die Bauleitung (des Landes) behält sich vor, Einbauteile oder Gegenstände, welche einen denkmalpflegerischen Wert besitzen bzw. bei einer späteren Baudurchführung Verwendung finden, kennzeichnen zu lassen und in ihren Besitz zu nehmen. Diese Bauteile/Gegenstände sind nach Angabe gesondert einzulagern. ... Alle sonstigen Ausbau- und Abbruchteile sowie das in den Gebäuden befindliche Gerümpel werden Eigentum des Auftragnehmers und sind nach freiem Ermessen sofort abzufahren.“ **1115**

Bei den Abbrucharbeiten legt F mit einem Schaufellader eine Kiste mit Gold- und Silbermünzen aus dem 14. und 15. Jahrhundert frei, deren Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist. Er teilt dies per Funk seinem Arbeitgeber mit. M hört das Funkgespräch in seinem Auto mit und ordnet die Einstellung der Arbeiten an. Dann werden die Münzen von Mitarbeitern des Landesamtes für Vor- und Frühgeschichte geborgen und für das Land in Besitz genommen.

Das Land, der F, sein Arbeitgeber (GmbH) und M streiten sich um das Eigentum.

Vgl. BGHZ 103, 107 = NJW 1988, 1204 = JuS 1988, 569 *K. Schmidt*; s.a. OLG Köln JuS 1992, 966 und OLG Celle NJW 1992, 2577; *Baur/Stürner* § 53 G VI, Rn. 84; *Westermann/Gursky/Eickmann* § 60.

Zu Schatzfund siehe auch Teil I, S.66.

II. Lösungshinweise

1. Ausgangspunkt:

Das Eigentum am Schatz fällt **zur Hälfte** dem Entdecker und **zur Hälfte** dem Eigentümer der Sache zu, in welcher der Schatz verborgen war (§ 984 BGB). **1116**

2. Eigentumserwerb des „Entdeckers“

Problem: **Wer** ist hier **Entdecker**, **1117**

- das Land?
- - die GmbH als Arbeitgeberin?
- - M als Geschäftsführer der GmbH?
- - oder der Baggerfahrer F?

Das Land kann sich darauf berufen, dass sie überhaupt die gesamten Arbeiten in Auftrag gegeben hat. Das Land ist gleichsam Herr des gesamten Vorgangs.

Vgl. dazu die Anwendung von § 950 BGB: Es stellt derjenige her, der dies mit eigenen Händen vollbringt oder der durch entsprechende Verträge herstellen lässt.

Das andere Extrem bildet der Baggerfahrer F, der unmittelbar die Kiste als erster gesehen und damit aus seiner Sicht „entdeckt“ hat. Seine Arbeitgeberin (die GmbH) kann demgegenüber den Standpunkt annehmen, dass er bei ihr **abhängig beschäftigt** war und sie sich somit seine Tätigkeit zurechnen lassen muss, und zwar bei Beschädigungen und Mängeln, aber dann eben auch bei freudigen Überraschungen, wie die Entdeckung eines Schatzes. **1118**

Der **Geschäftsführer** wiederum kann einwenden, dass die GmbH schon deswegen nicht „entdecken“ kann, weil sie als juristische Person überhaupt nichts sehen und erkennen kann. Deshalb komme es auf ihn als **Organ der Gesellschaft** an.

Die h.M. differenziert in solchen Fällen danach, ob die fraglichen Arbeiten jedenfalls auch den Zweck einer **gezielten und geplanten Schatzsuche** hatten. In diesem Fall ist der Entdecker der **Urheber der Schatzsuche** und die unmittelbar Ausführenden sind seine **Gehilfen** (vgl. Palandt*/Herrler* § 984 Rn. 1; Jauernig/*Berger* § 984 Rn. 2, *Bauer/Stürner*, SachenR, § 53 Rn. 84). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, sondern es geht um einen **zufälligen** Schatzfund bei Bauarbeiten. **1119**

Für diese Fälle ist umstritten, ob **Arbeitgeber** oder **Arbeitnehmer** als Entdecker anzusehen ist. Für Arbeitgeber wohl: MüKoBGB/*Oechsler* § 984 Rn. 6f.; Arbeitnehmer als Entdecker: *Baur/Stürner*, a.a.O.; *Westermann*/*Gursky*/*Eickmann* § 60; aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung OLG Nürnberg NJW-RR 2003, 933 = JuS 2003, 1233 *K. Schmidt* **1120**

Der BGH entscheidet im vorliegenden Fall, dass außerhalb der gezielten Schatzsuche grundsätzlich der **Arbeitnehmer** der Entdecker sei. Er entscheidet somit anders als zu § 950 BGB, bei dessen Anwendung dem Geschäftsherrn die Herstellereigenschaft zugebilligt wird (BGHZ 20, 159, 164). Wenn der Schatzfund **nicht geplant** sei, handele es sich um ein unvorhergesehenes Ereignis, bei dem es auf die tatsächlichen Verhältnisse ankomme. Der Senat lässt offen, unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise auch bei dem zufälligen Schatzfund der Arbeitgeber Entdecker sein kann (z.B. bei ausdrücklicher Anweisung, auf wertvolle Funde zu achten). **1121**

Erst recht ist das **auftraggebende Land** nicht der Entdecker. Das Land ist als Auftraggeber der Werkleistung noch weiter von der eigentlichen Entdeckung entfernt. Die Vertragsbestimmungen, dass aufgefundene Wertgegenstände abzuliefern seien, ändere hieran nichts. Ein Schatzfund könne nicht vereinbart werden, ebenso wenig der damit verbundene Eigentumserwerb.

1122 Das beklagte Land hat allerdings zur anderen Hälfte Eigentum erworben, da ihm der **Grund und Boden** gehörte, in dem der Schatz verborgen lag.

> Der BGH lässt nicht gelten, dass im entschiedenen Fall die Münzen erst beim Abkippen des Bauschutts freigelegt und entdeckt wurden, also in dem Bauschutt, der aufgrund der getroffenen Vereinbarungen nicht mehr dem Land, sondern dem **Abbruchunternehmen** gehörte. Grund: langfristig verborgen waren die Münzen im Grund und Boden und **nicht** in dem **Schutt**.

Im Übrigen gilt für den Schatzfund **Landesrecht**.

1123 Vgl. BGHZ 103, 107 = JuS 1988, 569 *K. Schmidt* = NJW 1988, 1204; s.a. OLG Köln JuS 1992, 966 und OLG Celle NJW 1992, 2577; *Baur/Stürner* § 53 G VI, Rn. 84; $ *Westermann/Gursky/Eickmann* § 60. OLG Nürnberg NJW-RR 2003, 933 = JuS 2003, 1233 *K. Schmidt*: Versteinerung als Schatz.