

# Fälle Sachenrecht 1

**Strauch**

5. Auflage 2021  
ISBN 978-3-86752-733-0  
Alpmann Schmidt

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## 1. Teil: Grundprinzipien des Sachenrechts

### Fall 1: Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip

E ist Eigentümer eines echten Bildes von Wilhelm Maria Hubertus Leibl, das er fälschlicherweise für eine gelungene Kopie hält. Da E nur an echten Kunstwerken interessiert ist, verkauft und übereignet er mit dieser Vorstellung das Bild für 5.000 € an K, der das Bild ebenfalls für eine Kopie hält. Als K wenig später das Bild gutachterlich untersuchen lässt, stellt sich die Echtheit des Bildes heraus. Das Bild ist über 1.000.000 € wert. Nachdem auch E von der Echtheit des Bildes erfahren hat, ficht er alle Rechtsgeschäfte mit K unverzüglich an und verlangt die Herausgabe des Bildes.

Zu Recht?

#### A. Anspruch aus § 985<sup>1</sup>

E könnte gegenüber K einen Anspruch auf Herausgabe des Bildes aus § 985 haben.

**1.** Der **Anspruchsteller E** müsste dazu zunächst **Eigentümer** des Bildes sein.

**1.** Ursprünglich ist E Eigentümer des Bildes gewesen.

**2.** E könnte sein Eigentum an dem Bild jedoch gemäß **§ 929 S. 1** an K verloren haben.

**a)** Dazu müssten sich **E und K** zunächst **über den Eigentumsübergang** am Bild **i.S.d. § 929 S. 1 geeinigt** haben.

Indem E das Bild an K übereignete, haben sich beide über den Eigentumsübergang, also den Eigentumswechsel von E auf K, nach § 929 S. 1 geeinigt.

**b)** Ferner müsste die **Einigung i.S.d. § 929 S. 1** zwischen E und K auch **wirksam** sein.

E könnte seine im Rahmen der dinglichen Einigung i.S.d. § 929 S. 1 abgegebene Willenserklärung gemäß **§ 142 Abs. 1** wirksam angefochten haben, sodass seine Willenserklärung, und damit die ganze Einigung, von Anfang an (**ex tunc**) nichtig ist.

**aa)** Eine ausdrückliche **Anfechtungserklärung** des E gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner K nach § 143 Abs. 1 liegt vor.

**bb)** Ferner müsste auch ein **Anfechtungsgrund** des E bestehen.

Als Anfechtungsgrund kommt ein Eigenschaftsirrhum des E i.S.d. § 119 Abs. 2 in Betracht. Ob jedoch ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft i.S.d. § 119 Abs. 2 nur das Verpflichtungsgeschäft betreffen kann, oder ob daneben auch das Verfügungsgeschäft angefochten werden kann, ist umstritten.

**(1)** Nach einer Ansicht ist eine Anfechtung des Verfügungsgeschäfts nach § 119 Abs. 2 nicht möglich.<sup>2</sup>

#### Merke:

Für die Formulierung des Obersatzes einer rechtsgeschäftlichen Übereignung von Sachen ist i.E. nur entscheidend, wer an wen nach welcher Vorschrift sein Eigentum verloren haben könnte. Für den Obersatz sind daher weitere Angaben bzgl. des „Warum?“ oder „Wodurch?“ unmaßgeblich!

Umstritten ist, ob ein Verfügungsgeschäft nach § 119 Abs. 2 wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft überhaupt anfechtbar ist.

1 §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

2 Grigoleit AcP 199, 379, 396 ff.; Haferkamp Jura 1998, 511, 513.

Dies wird damit begründet, dass man schließlich den Inhalt eines Verfügungsgeschäfts darauf beschränken müsse, die neue Rechtszuordnung herbeizuführen und den Verfügungsgegenstand und die an der Verfügung beteiligten Personen zu bestimmen, sodass Eigenschaften grundsätzlich für die Verfügungserklärung nicht verkehrswesentlich seien. Dies liege am **Abstraktionsprinzip**, sodass ein Irrtum nach § 119 Abs. 2 nur im Rahmen des Verpflichtungsgeschäfts, i.d.R. aber nicht beim Verfügungsgeschäft, vorliege.

Hiernach wäre eine Anfechtung der im Rahmen der dinglichen Einigung von E abgegebenen Willenserklärung wegen Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 nicht möglich.

(2) Nach anderer Ansicht ist dagegen auch das Verfügungsgeschäft nach § 119 Abs. 2 anfechtbar.<sup>3</sup>

Dies wird damit begründet, dass grundsätzlich davon auszugehen sei, dass sich der Eigenschaftsirrtum bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts auch auf das Verfügungsgeschäft erstrecken werde. Meist werde sogar der Abschluss beider Rechtsgeschäfte in einem Willensakt zusammenfallen, sodass es nicht vorstellbar sei, dass im Rahmen der dinglichen Erklärung der zuvor angenommene Irrtum keine Rolle gespielt habe. Wenn der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft sowohl beim Verpflichtungsgeschäft als auch beim Verfügungsgeschäft gegeben sei, handele es sich um einen Fall der **Fehleridentität**. Bei Vorliegen einer derartigen Fehleridentität stelle eine Anfechtungsmöglichkeit auch des Verfügungsgeschäfts keine Missachtung des Abstraktionsprinzips dar.

Hiernach wäre daher eine Anfechtung der im Rahmen der dinglichen Einigung von E abgegebenen Willenserklärung wegen Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 möglich.

(3) Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist eine Streitentscheidung erforderlich. Der zweiten Ansicht ist zu folgen.

Denn falls die mit einer Verfügung gewollte Erfüllung des Kausalgeschäftes sich auf die geschuldete Leistung bezieht (§ 362 Abs. 1 BGB), bestimmt im Fall eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft der Irrtum über die verkehrswesentlichen Eigenschaften beim Kausalgeschäft auch die nachfolgende Erklärung im Rahmen des Erfüllungsgeschäfts. Das bedeutet, die dingliche Verfügung vollzieht (nur) die gewollte Erfüllung des Kaufvertrages und stellt damit letztlich „die geschuldete Leistung“ i.S.d. § 362 Abs. 1 dar.

Hier ging E sowohl bei Abschluss des Kaufvertrages als auch bei der sich anschließenden Übereignung fälschlicherweise davon aus, dass das Bild eine Kopie ist. Mithin irrte er noch bei Abgabe der dinglichen Willenserklärung i.S.d. § 929 S. 1 über die Urhebererschaft des Bildes. Selbst wenn die Urhebererschaft des Bildes einen wertbildenden Faktor und damit eine verkehrswesentliche Eigenschaft i.S.d. § 119 Abs. 2 (nur) im Rahmen des Verpflichtungsgeschäfts, also im Rahmen des Kaufvertrages nach § 433, darstellen sollte, wirkt der Irrtum aufgrund des engen zeitlichen Zusammenhangs

---

3 Palandt/Ellenberger Überbl vor § 104 Rn. 23; Brox/Walker, BGB AT, Rn. 440, 442; Grundmann JA 1985, 80, 83 ff.

zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft (Fehleridentität) auch noch beim Verfügungsgeschäft fort.

Somit liegt ein Anfechtungsgrund in Form eines Eigenschaftsirrtums des E i.S.d. § 119 Abs. 2 vor.

**cc)** Des Weiteren ist durch die unverzügliche Anfechtung des E auch die **Anfechtungsfrist** des § 121 Abs. 1 eingehalten.

**dd)** Zudem liegt mangels Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes auch **kein Ausschluss** der Anfechtung gemäß § 144 vor.

**ee)** Folglich ist E gemäß § 142 Abs. 1 aufgrund der wirksamen Anfechtung der dinglichen Willenserklärung **rückwirkend** wieder Eigentümer des Bildes geworden.

Durch die Anfechtung des Verfügungsgeschäfts fällt das Eigentum an den Veräußerer zurück, ohne dass es einer Rückübertragung bedarf.

**II.** Ferner müsste **K als Anspruchsgegner** gemäß § 985 der **Besitzer** des Bildes sein.

Indem K die unmittelbare Sachherrschaft über das Bild ausübt, ist er **unmittelbarer Besitzer** des Bildes i.S.d. § 854 Abs. 1.

**III.** Des Weiteren dürfte dem **Anspruchsgegner K kein Recht** zum Besitz i.S.d. § 986 zustehen.

In Betracht kommt der Kaufvertrag zwischen E und K als ein relatives (obligatorisches) Recht zum Besitz, das nur zwischen den Parteien (*inter partes*) wirkt und den Verkäufer nach § 433 Abs. 1 S. 1 gegenüber dem Käufer zur Übergabe und Übereignung verpflichtet.

Allerdings kann K sich dann nicht auf den Kaufvertrag als relatives Recht zum Besitz gegenüber E berufen, wenn E seine im Rahmen des Kaufvertragsabschlusses abgegebene Willenserklärung rückwirkend nach § 142 Abs. 1 angefochten und damit das Verpflichtungsgeschäft beseitigt hat.

**1.** Dazu müsste zunächst die **Anfechtung** gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner i.S.d. § 143 Abs. 1 **erklärt** worden sein.

Zwar hat E die Anfechtung gemäß § 143 Abs. 1 gegenüber K erklärt, aber fraglich ist, ob sich diese Erklärung auch auf die im Rahmen des Kaufvertragsabschlusses abgegebene Willenserklärung erstreckt.

Aufgrund des **Abstraktionsprinzips** ist grundsätzlich zwischen dinglichen und schuldrechtlichen Willenserklärungen und damit zwischen den sich daraus ergebenden Rechtsgeschäften zu unterscheiden. Die Anfechtung des einen Rechtsgeschäfts hat daher nicht notwendigerweise auch die Anfechtung des anderen Rechtsgeschäfts zur Folge. Vorliegend ist jedoch zu beachten, dass von einem Rechtsunkundigen die Vornahme einer genauen Differenzierung nicht erwartet werden kann. Vielmehr gebietet eine normative Auslegung, dass im Zweifel alle Rechtsgeschäfte angefochten werden sollen, die zur Erreichung des verfolgten Ziels, hier die Herausgabe des Bildes, angefochten werden müssen.<sup>4</sup>

Eine wirksame Anfechtungserklärung des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner liegt demnach vor.

<sup>4</sup> Vgl. MüKo/Busche § 143 Rn. 2; Palandt/Ellenberger § 133 Rn. 18.

**2. Zudem müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen.**

Auch im Zeitpunkt der Abgabe der schuldrechtlichen Willenserklärung hat sich E über die Urhebererschaft des Bildes und damit über eine verkehrswesentliche Eigenschaft i.S.d. § 119 Abs. 2 geirrt.

Somit liegt ein Anfechtungsgrund i.S.d. § 119 Abs. 2 vor.

**3. Zudem ist die Anfechtung auch unverzüglich und somit innerhalb der Anfechtungsfrist des § 121 Abs. 1 erklärt worden.****4. Ferner dürfte die Anfechtung nicht ausgeschlossen sein.**

**a) Die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 könnte hier durch den Vorrang der Mängelgewährleistungsvorschriften des Kaufrechts gemäß §§ 434 ff. verdrängt werden.**

Dies ist dann der Fall, wenn die Mängelgewährleistungsrechte tatbestandlich einschlägig sind und sich der Irrtum des Anfechtenden auf mangelrelevante Umstände bezieht. Dies ergibt sich bei systematischer Auslegung des Gesetzes. Würde man in diesem Fall ein Anfechtungsrecht gemäß § 119 Abs. 2 gewähren, würden damit die gesetzlichen Besonderheiten des Gewährleistungsrechts unterlaufen.<sup>5</sup>

Allerdings regeln die §§ 434 ff. lediglich Rechte des Käufers, sodass eine Konkurrenz zum Anfechtungsrecht des E als Verkäufer nicht in Betracht kommt und damit dessen Anfechtungsrecht auch nicht verdrängen kann.<sup>6</sup>

**b) Auch ein Ausschluss der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 aus dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 scheidet vorliegend aus.**

Dies wäre nur dann der Fall gewesen, wenn sich der Verkäufer durch eine Anfechtung des Kaufvertrages nach § 119 Abs. 2 etwaigen Gewährleistungsrechten des Käufers entziehen könnte.<sup>7</sup> Die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten seitens des K ist hier aber nicht zu erwarten.

**c) Die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 könnte aber wegen des Vorrangs der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 ausgeschlossen sein.<sup>8</sup>**

Ob bei einem **Doppelirrtum** – wie hier – ausnahmsweise nach § 313 zu behandeln ist und damit die Anwendung des § 119 Abs. 2 ausgeschlossen ist, ist umstritten.

**aa) Einer Ansicht nach ist der Doppelirrtum vorrangig nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313) zu behandeln.** Denn sonst hinge es allein vom Zufall ab, wer die Anfechtung zuerst erkläre und sich somit über § 122 Abs. 1 schadensersatzpflichtig mache.<sup>9</sup>

**bb) Einer anderen Ansicht nach schließt ein Doppelirrtum das Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 nicht aus.** Bei der Irrtumsanfechtung durch eine Partei sei es bedeutungslos, ob auch der Vertragspartner dem gleichen Irrtum unterlegen sei.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> MüKo/Armbrüster § 119 Rn. 29 ff.

<sup>6</sup> MüKo/Armbrüster § 119 Rn. 31.

<sup>7</sup> BGH NJW 1988, 2597.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Palandt/Ellenberger § 119 Rn. 30.

<sup>9</sup> BGH NJW 1986, 1348, 1349; BGH NJW 2001, 226; Palandt/Ellenberger § 119 Rn. 30.

<sup>10</sup> Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 162; Medicus/Petersen, BGB AT, Rn. 778; Wieling Jura 2001, 577, 585; Flume JZ 1991, 633, 634.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln muss bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes gemäß § 119 Abs. 2 die **Konkurrenz zu anderen Rechtsinstituten** beachtet werden.

**cc)** Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine **Stellungnahme** erforderlich ist. Der zweiten Ansicht ist zu folgen. Denn auch beim Doppelirrtum wird grundsätzlich nur die Partei ihre Willenserklärung wegen Irrtums anfechten, die sich davon einen Vorteil verspricht. Dann ist es aber auch nicht unbillig, wenn diese mit der Schadensersatzpflicht nach § 122 Abs. 1 belastet wird.

Ein Ausschluss des § 119 Abs. 2 wegen Vorrangs der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 liegt daher ebenfalls nicht vor.

**5.** Folglich ist der Kaufvertrag rückwirkend durch die Anfechtung der im Rahmen des Kaufvertragsabschlusses von E abgegebenen Willenserklärung nach § 142 Abs. 1 beseitigt worden.

**IV.** Mithin kann daraus kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 begründet bzw. abgeleitet werden, sodass E gegenüber K einen Anspruch auf Herausgabe des Bildes aus § 985 hat.

### **B. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1**

E könnte zudem gegenüber K einen Anspruch auf Herausgabe des Bildes aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 haben.

**I.** Dazu müsste K zunächst **etwas erlangt** haben.

Unter „etwas“ i.S.d. § 812 Abs. 1 ist jeder vermögenswerte (rechtliche) Vorteil zu verstehen. K hat als vermögenswerten (rechtlichen) Vorteil den unmittelbaren Besitz am Bild und damit „etwas“ i.S.d. § 812 Abs. 1 erlangt.

**II.** Ferner müsste K diesen Vermögensvorteil auch **durch Leistung des Anspruchstellers** E erlangt haben.

Unter einer Leistung ist bei der Kondiktion des § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zur Erfüllung einer, wenn auch nur vermeintlich bestehenden, Verbindlichkeit zu verstehen.<sup>11</sup>

Hier mehrte E bewusst und zweckgerichtet das Vermögen des K zur Erfüllung seiner Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung aus § 433 Abs. 1 S. 1, sodass eine Leistung des E vorliegt.

**III.** Zudem müsste K den unmittelbaren Besitz am Bild auch **ohne rechtlichen Grund** erlangt haben.

Das ist im Rahmen der allgemeinen Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 der Fall, wenn der mit der Leistung des E bezweckte Erfolg verfehlt wurde. Dies wiederum ist jedenfalls dann der Fall, wenn das der Leistung zugrunde liegende Vertragsverhältnis nicht besteht.

Hier hat E den Kaufvertrag durch die wirksame Anfechtung seiner im Rahmen des Kaufvertragsabschlusses abgegebenen Willenserklärung gemäß § 142 Abs. 1 rückwirkend beseitigt. Mithin gab es auch keine Verbindlichkeit aus diesem Vertrag zu erfüllen, sodass der verfolgte Erfüllungszweck verfehlt worden ist.

Somit hat K den unmittelbaren Besitz am Bild auch ohne rechtlichen Grund erlangt.

**IV.** Mithin hat E gegenüber K einen Anspruch auf Herausgabe des Bildes aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1.

<sup>11</sup> Palandt/Sprau § 812 Rn. 14.



### Fall 35: Zurechnung der Bösgläubigkeit Dritter; Vorenthaltungsschaden

Dem Copyshopbetreiber F wird vom Dieb D ein Fotokopierer gestohlen. D verkauft und übereignet den Kopierer noch am selben Tag an den Großhändler K, der durch seinen Einkäufer E vertreten wird. E hätte hierbei den Umständen nach ohne Weiteres erkennen müssen, dass der Fotokopierer gestohlen ist, verschließt sich diesem Eindruck jedoch, weil er den möglichen Gewinn und damit seine Beförderung nicht gefährden möchte. K veräußert einen Monat später den Kopierer, der objektiv einen Wert von 3.500 € aufwies, an einen unbekannten Dritten für 5.000 €.

Als F von den Geschehnissen erfährt, möchte er von K Ersatz der ihm entstandenen Schäden, insbesondere auch der Kosten i.H.v. 200 €, die ihm dadurch entstanden sind, dass er für die ersten drei Wochen nach dem Diebstahl ein Ersatzgerät anmieten musste. Auch wäre er an der Herausgabe des von K erlangten Verkaufserlöses interessiert.

Bestehen die geltend gemachten Ansprüche?

#### 1. Teil: Schadensersatzansprüche

##### A. Anspruch aus §§ 989, 990 Abs. 1

Möglicherweise hat F einen Schadensersatzanspruch gegen K aus **§§ 989, 990 Abs. 1**.

I. Dann müsste im **Zeitpunkt des anspruchsbegründenden Umstands**, hier also im Zeitpunkt der Weiterveräußerung des Kopierers an einen unbekannten Dritten als dem Zeitpunkt der Verletzungshandlung, ein **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis** (EBV) i.S.d. §§ 985, 986 zwischen F und K bestanden haben.

1. Ursprünglich stand der Kopierer im Eigentum des F.

a) Er könnte sein Eigentum aber gemäß **§ 929 S. 1** dadurch verloren haben, dass D den Kopierer an K übereignet hat.

D und K, der durch E nach § 164 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 wirksam vertreten wurde, haben sich gemäß § 929 S. 1 über den Eigentumsübergang **geeignet**.

Die **Übergabe** des Geräts von D an K ist mit der Übertragung des Besitzes an den Besitzdiener E (§ 855) erfolgt.

D handelte jedoch als **Nichtberechtigter**.

b) Es kommt daher nur ein Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten gemäß **§§ 929 S. 1, 932 S. 1** in Betracht.

Ein **Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts** zwischen D und K ist gegeben und auch der erforderliche **Rechtsschein des Besitzes** liegt zugunsten des D vor.

Ferner müsste K **bösgläubig** i.S.d. § 932 Abs. 2 gewesen sein.

aa) Zwar hatte K selbst keine Anhaltspunkte für die fehlende Berechtigung des D, sodass er gutgläubig gewesen ist.

Ein gutgläubiger Erwerb scheitert hier an § 935 Abs. 1 S. 1. Trotzdem sollte i.R.d. Klausur systematisch vorgegangen werden, um auch andere Problemfelder bearbeiten zu können.

**bb)** Allerdings hätte E ohne Weiteres erkennen müssen, dass die Maschine gestohlen war. Seine Unkenntnis war insoweit grob fahrlässig und daher war er bösgläubig i.S.v. § 932 Abs. 2.

**cc)** Fraglich ist, ob K die **Bösgläubigkeit** des E zugerechnet werden kann.

In Betracht kommt hier eine **Zurechnung nach § 166 Abs. 1**. Die rechtlichen Folgen der von E als Vertreter des K im Rahmen des § 929 S. 1 abgegebenen Willenserklärung hängen davon ab, ob die fehlende Berechtigung des D zumindest gekannt werden musste. Nach § 166 Abs. 1 ist dabei auf die **Person des Vertreters** abzustellen.

Folglich ist K die Bösgläubigkeit des E zuzurechnen.

**dd)** Daher ist mangels guten Glaubens ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums an dem Kopierer nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 nicht möglich. Des Weiteren scheitert der gutgläubige Eigentumserwerb auch wegen des Abhandenkommens des Kopierers gemäß § 935 Abs. 1.

Mithin ist F im Veräußerungszeitpunkt noch Eigentümer des Fotokopierers gewesen.

**2.** K war zu diesem Zeitpunkt unmittelbarer **Besitzer**.

**3.** K hatte auch **kein Recht zum Besitz** i.S.d. § 986.

Im Zeitpunkt der Veräußerung lag also ein EBV zwischen F und K vor.

**II.** Weiterhin müssten für einen Anspruch aus **§§ 989, 990 Abs. 1** deren zusätzliche Voraussetzungen gegeben sein.

**1.** K müsste hinsichtlich seiner Besitzberechtigung **bösgläubig** gewesen sein. Dies ist gemäß § 990 Abs. 1 S. 1 dann der Fall, wenn K beim Besitzerwerb Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis bezüglich des Mangels seines Besitzrechts gehabt hat. Vorliegend hatte K selbst weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis von seinem fehlenden Besitzrecht. Möglicherweise muss er sich jedoch die grob fahrlässige Unkenntnis des E **zurechnen** lassen.

**a)** In Betracht kommt eine **Zurechnung der Kenntnis oder Unkenntnis des Vertreters nach § 166 Abs. 1**. Die Anwendung dieser Zurechnungsnorm setzt voraus, dass es auf die Beeinflussung der **Folgen von Willenserklärungen** durch die Kenntnis oder Unkenntnis von Umständen ankommt. Vorliegend kommt es auf das Kennen oder Nichtkennen von Umständen bei Besitzerwerb, also bei **Eintritt eines Realakts**, an. Somit ist eine Zurechnung über § 166 Abs. 1 in unmittelbarer Anwendung nicht möglich.

**b)** Eine **Zurechnung** über den Rechtsgedanken des **§ 278 S. 1 Var. 2** setzt das Vorliegen einer Sonderverbindung voraus. Das EBV begründet zwar ein **gesetzliches Schuldverhältnis**. Jedoch entsteht das EBV erst durch die Besitzbegründung durch K. Folglich **entstand** hier das EBV als gesetzliches Schuldverhältnis, **bestand** bei Besitzerwerb aber noch nicht. Mangels bereits bestehendem EBV im Zeitpunkt der Besitzbegründung kann demzufolge eine Zurechnung nicht gemäß § 278 S. 1 Var. 2 vorgenommen werden.

**c)** Daher nimmt die **h.M.** eine **Zurechnung** der Bösgläubigkeit des Besitzdieners über eine **entsprechende Anwendung des § 166 Abs. 1** vor.<sup>180</sup>

**Wichtig:** Im Zeitpunkt der anspruchsbegründenden Umstände muss ein EBV bereits **bestehen**; ein **Entstehen** erst zu diesem Zeitpunkt ist nicht ausreichend.

180 BGHZ 55, 307, 311; Bamberger/Fritzschke § 990 Rn. 29; Palandt/Herrler § 990 Rn. 6; Staudinger/Gursky § 990 Rn. 46 ff.



Zurechnung der Bösgläubigkeit des Besitzdieners entweder über § 166 Abs. 1 analog (h.M.) oder über § 831 analog.<sup>181</sup>

Hiernach sei es gerechtfertigt, dass dem Geschäftsherrn, der einen anderen selbstständig für sich handeln lasse, die Kenntnis des Handelnden zugerechnet werde. Denn der selbstständig handelnde Besitzdiener entscheide eigenständig darüber, ob der Besitzer den Besitz erwerben solle oder nicht. Da vorliegend E selbstständig darüber entscheiden konnte, ob Besitz begründet wird oder nicht, ist seine Stellung insoweit mit der eines Vertreters vergleichbar, sodass sich K danach dessen Bösgläubigkeit nach § 166 Abs. 1 analog zurechnen lassen muss.

d) Eine andere Ansicht stützt die **Zurechnung** der Bösgläubigkeit des Besitzdieners auf eine **entsprechende Anwendung des § 831**.<sup>182</sup> Danach soll der Besitzer nur dann wie ein bösgläubiger Besitzer gestellt werden, wenn es ihm nicht gelingt, sich hinsichtlich des wissentlich oder grob fahrlässig handelnden Besitzdieners zu entlasten. Das Verschulden des K wird im Rahmen des § 831 vermutet. Dieser hat auch keine ihn exkulpierten Umstände vorgetragen, sodass er sich auch hiernach die Bösgläubigkeit des E zurechnen lassen muss.

Da sich K nach beiden Ansichten die Bösgläubigkeit des E zurechnen lassen muss, bedarf es keiner Streitentscheidung.

2. Den Kopierer hat K an einen unbekannten Dritten übergeben, sodass ihm die Herausgabe des Gerätes **unmöglich** geworden ist.

3. Ausgehend von einer Zurechnung der Bösgläubigkeit § 166 Abs. 1 analog bzw. § 831 analog zulasten des K, hat dieser auch zumindest fahrlässig und damit **schuldhaft** i.S.d. § 276 gehandelt, als er den Fotokopierer an einen unbekannten Dritten weitergegeben hat.

III. Folglich muss K nach §§ 989, 990 Abs. 1, 249 ff. den Schaden ersetzen, der **infolge** der Unmöglichkeit entstanden ist.

1. Somit muss K den objektiven Wert des Kopierers i.H.v. 3.500 € ersetzen.

2. Fraglich ist jedoch, ob er auch die Mietkosten i.H.v. 200 € ersetzen muss. Dies ist davon abhängig, ob das Ersatzgerät **vor** oder **nach** Eintritt des die Unmöglichkeit der Herausgabe begründenden Ereignisses angemietet worden ist. Nur wenn dies danach erfolgte, kann der Schaden **infolge** der Unmöglichkeit der Herausgabe entstanden sein. Da die Anmietung vorliegend vorher erfolgte, kann dieser Schaden aber nicht **infolge** der Unmöglichkeit entstanden sein. Es handelt sich vielmehr um einen sog. **Vorenthaltungsschaden**, der nicht von §§ 989, 990 Abs. 1 erfasst wird.

IV. F hat demnach gemäß §§ 989, 990 Abs. 1 einen Schadensersatzanspruch gegen K i.H.v. 3.500 €.

### **B. Anspruch nach §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, 2, 286**

Eventuell kann F den entstandenen **Vorenthaltungsschaden** aber aus Gründen der Verzögerung der Leistung nach §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, 2, 286 geltend machen.

I. Die Voraussetzungen des **§ 990 Abs. 1** sind gegeben (s.o.).

II. Des Weiteren müsste K hinsichtlich des Herausgabeanspruchs des F aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 in **Verzug** geraten sein.

#### **Beachte:**

Der Anspruch des F ist nur Zug-um-Zug gegen Abtretung aller Ansprüche des F gegen den Dieb D und den unbekannten Dritten durchsetzbar, §§ 255, 273 Abs. 1.

181 Vgl. dazu Palandt/Herrler § 990 Rn. 6.

182 Staudinger/Schilken § 166 Rn. 11; Baur/Stürmer § 5 Rn. 15; Roth JuS 1997, 710, 711.