

## Sachenrecht

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Jörg Neuner

5. Auflage 2017. Buch. Rund 250 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 406 70577 9  
Format (B x L): 21,0 x 29,7 cm

[Recht > Zivilrecht > BGB Besonderes Schuldrecht > Sachenrecht](#)

Zu [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

steht man einen **gleichstufigen mittelbaren Besitz mehrerer Personen**, der auf voneinander unabhängigen Besitzmittlungsverhältnissen zu demselben unmittelbaren Besitzer beruht.<sup>80</sup>

- aa) Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass § 934 BGB nur den mittelbaren Alleinbesitz privilegiert. Der **bloße Nebenbesitz genügt für § 934 BGB nicht**, weil derjenige, der nicht näher an die Sache heranrückt als der Eigentümer zu ihr noch steht, nicht zu dessen Lasten von einem Nichtberechtigten erwerben soll.<sup>81</sup> Keinen (nennenswerten) Streit gibt es ferner (mehr) darüber, dass ein Besitzmittlungsverhältnis allein schon durch eine erkennbare Willensänderung des Besitzmittlers beendet werden kann.<sup>82</sup> 407
- bb) **Höchst umstritten** ist allerdings, **ob es die Rechtsfigur des mittelbaren Nebenbesitzes überhaupt gibt**.<sup>83</sup> Teilweise wird die Möglichkeit eines Nebenbesitzes generell abgelehnt,<sup>84</sup> weil der Besitzmittler nicht gleichzeitig den Willen haben könne, die Sache an mehrere Personen herauszugeben. Im Übrigen würden sich die gegensinnigen Bestätigungen des Besitzers nicht synchron, sondern regelmäßig nacheinander abspielen. Demgemäß kenne auch das Gesetz neben dem mittelbaren Besitz sowie dem Mitbesitz keine weitere Möglichkeit des mehrfachen Besitzes. Die Gegenansicht hält es hingegen durchaus für möglich, dass ein unmittelbarer Besitzer mehreren Oberbesitzern zugleich den Besitz vermittelt. 408
- cc) Auf der Grundlage dieser theoretischen Ausführungen ergeben sich **folgende Konsequenzen**: Zunächst hatte unstrittig der Vorbehaltsverkäufer V alleinigen mittelbaren Besitz. Zum Problem wird das spätere Verhalten des K gegenüber D. Am naheliegendsten ist es wohl, aufgrund des von K inszenierten Doppelspiels einen **Besitzmittlungswillen gegenüber V und D** gleichermaßen anzunehmen.<sup>85</sup> Die Lehre vom Nebenbesitz würde demnach in Bezug auf D eine Anwendung von § 934 Alt. 1 BGB ausschließen. Aber auch dann, wenn man die Lehre vom Nebenbesitz ablehnt, dürfte sich an diesem Ergebnis nichts ändern, weil K eben zeitlich zuerst dem V und diesem auch weiterhin offenkundig den Besitz vermitteln wollte.<sup>86</sup> 409
- Demgegenüber geht die hM davon aus, dass V den Besitz vollumfänglich zugunsten des D verloren hat. Eine hierfür maßgebliche Willensänderung des K läge bereits dann definitiv vor, wenn dieser „ein neues, mit dem ersten unverträgliches Besitzmittlungsverhältnis mit einem anderen Oberbesitzer eingeht, da dadurch ersichtlich wird, dass er sich von seinem bisherigen Oberbesitzer lösen, sich dessen Einwirkungsmöglichkeit entziehen will und nur noch für den neuen Oberbesitzer den Besitz vermitteln will“.<sup>87</sup>
- c) Nach hM ist D also alleiniger mittelbarer Besitzer, sodass ein gutgläubiger Erwerb gem. § 934 Alt. 1 BGB grundsätzlich möglich wäre. Selbst wenn man dieser zweifelhaften Ansicht folgt, bleibt fraglich, ob § 934 Alt. 1 BGB für Fälle der vorliegenden Art nicht einer **teleologischen Reduktion** unterworfen werden muss, denn ein **Wertungswiderspruch zu § 933 BGB** ist offenkundig:<sup>88</sup> Verschafft der unmittelbar besitzende Nichteigentümer dem Erwerber den mittelbaren Besitz, so reicht dies gem. § 933 BGB für einen gutgläubigen Erwerb nicht aus, während nach dem Wortlaut des § 934 BGB der nur mittelbar besitzende Nichteigentümer über die Rechtsmacht verfügt, dem Erwerber durch Übertragung des mittelbaren Besitzes das Eigentum zu verschaffen. Demgemäß erscheint es 410

<sup>80</sup> Vgl. Palandt/Herrler, BGB, § 868 Rn. 2.

<sup>81</sup> Vgl. Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 561; Kindl AcP 201 (2001), 391 ff. (408).

<sup>82</sup> Vgl. nur Staudinger/Gutzeit, BGB, § 868 Rn. 86; Wieling, Sachenrecht, § 6 III 3 a; Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, § 4 Rn. 26, 29.

<sup>83</sup> Ausführlich Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, S. 346 ff., 360 ff.; Picker AcP 188 (1988), 511 ff. (533 ff.).

<sup>84</sup> So zB Palandt/Herrler, BGB, § 868 Rn. 2 mwN.

<sup>85</sup> So auch Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 561.

<sup>86</sup> Vgl. auch Kindl AcP 201 (2001), 391 ff. (409 f.), der darauf abstellt, dass ein Vertrauensbruch (K gegenüber V) nicht offenkundig gemacht worden ist.

<sup>87</sup> Gursky, Klausurenkurs im Sachenrecht, Rn. 135; s. ferner auch BGH NJW 2005, 359 ff. (364), wonach der mittelbare Besitz mit der nach außen manifestierten Willensänderung des unmittelbaren Besitzers endet, unabhängig davon, ob sie dem bisherigen mittelbaren Besitzer gegenüber zum Ausdruck gebracht wurde.

<sup>88</sup> Vgl. Picker AcP 188 (1988), 511 ff. (515 f.), der auf das Kriterium der eigentumsvermutungsbegründenden Beziehung zur Sache rekurriert (aaO, S. 548 ff.); s. zu weiteren Versuchen einer teleologischen Einschränkung auch Musielak JuS 1992, 713 ff. (720 ff.) m. umf. N.

in der Tat widersprüchlich, wenn B als Rechtsnachfolger des D Eigentümer werden kann, obwohl sich am unmittelbaren Besitz des K nichts geändert hat und B der Sache ferner steht als D.

Die hM wendet gegen diese Kritik ein, dass das Gesetz von der Gleichstellung des mittelbaren mit dem unmittelbaren Besitz ausgeht. „Dieser Grundsatz der Gleichstellung und der Umstand, dass sich der Veräußerer im Falle der §§ 931, 934 Hs. 1 BGB von seinem Besitz vollständig löst, während die Veräußerung im Wege des Besitzkonstituts den Besitz bei dem Veräußerer belässt, sind der gesetzgeberische Grund dafür, dass das Gesetz in § 934 Hs. 1 BGB abweichend von der Regelung des § 933 BGB von dem Sichtbarkeitsprinzip abweicht“.<sup>89</sup> Nach dieser Ansicht ist eine teleologische Reduktion von § 934 Alt. 1 BGB mithin unzulässig, da sachliche Gründe für eine richterliche Normtextbindung sprechen: **Völliger Besitzverlust des Veräußerers gem. § 934 Alt. 1 BGB** im Gegensatz zu § 933 BGB; aus **Sicht des Erwerbers** erscheint es ferner gleichgültig, ob der Veräußerer mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer ist, und schließlich intendiere auch **§ 1006 III BGB eine Privilegierung des mittelbaren Besitzers**.<sup>90</sup>

- 411 5. **Ergebnis:** Aus Sicht der hM und Rechtsprechung ist festzuhalten, dass D mittelbarer Alleinbesitzer iSv § 934 Alt. 1 BGB wurde und diese Norm auch wortlautgetreu anzuwenden ist. Da B zum Zeitpunkt der Abtretung des Herausgabeanspruchs zudem gutgläubig war, ist ein Eigentumserwerb der B zu bejahen. B kann mithin gem. § 985 BGB von V die Herausgabe des Klaviers verlangen.
- Nach der vorzugswürdigen Gegenansicht wurde D kein mittelbarer Besitzer iSv § 934 Alt. 1 BGB; zumindest ist ein gutgläubiger Erwerb im Wege teleologischer Reduktion zu verneinen. Demnach besteht auch kein Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB.
- 412 II. Weitere Anspruchsgrundlagen sind nicht gegeben. Insbesondere scheitert eine Eingriffskondiktion gem. § 812 I 1 Alt. 2 BGB am Vorrang der Leistungsbeziehung zwischen K und V.

#### Variante 1:

Das Herausgabeverlangen des G ist gem. § 985 BGB begründet, wenn G Eigentümer und K unberechtigter Besitzer ist.

- 413 I. G könnte das Eigentum an dem Klavier von V erlangt haben.
1. V war ursprünglich Eigentümer des Flügels (§ 1006 II BGB) und hat dieses Eigentum aufgrund der aufschiebend bedingten Übereignung **auch nicht an K verloren, §§ 929, 158 I BGB**. V konnte daher das Klavier gem. §§ 929, 931, 870 BGB wirksam als dinglich Berechtigter an G übereignen. Dass V dabei gegen seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag verstoßen hat, ändert nichts an der Wirksamkeit der Verfügung.<sup>91</sup>
- 414 2. Der Vorbehaltskäufer wird bei einer solchen vertragswidrigen Verfügung **jedoch durch § 161 I 1 BGB geschützt**.<sup>92</sup> Danach ist der Erwerb des G unwirksam, sobald K an V die letzte Rate zahlt. Mit dem Eintritt der Bedingung wird K mithin Eigentümer des Instruments, während G rückwirkend das durch die Zwischenverfügung des V auf ihn übergegangene Eigentum wieder verliert.
- 415 3. Nach § 161 III BGB kann ein gutgläubiger Zwischenerwerber allerdings gem. §§ 932 ff. BGB unbelastetes Eigentum erwerben. Ein Gutgläubenserwerb gem. §§ 161 III, 929, 932 BGB kommt dabei nur in Betracht, wenn der Käufer freiwillig den unmittelbaren Besitz aufgegeben hat (§ 935 I BGB) und der Verkäufer wieder unmittelbarer Besitzer geworden ist.<sup>93</sup> In der vorliegenden Konstellation verbleibt folglich nur ein **gutgläubiger Erwerb gem. §§ 161 III, 929, 931, 934 Alt. 1 BGB**, der dem

<sup>89</sup> BGHZ 50, 45 ff. (49 f.) = NJW 1968, 1382 ff. (1383); s. ferner zur Entstehungsgeschichte der §§ 933, 934 BGB *Lohsse* AcP 206 (2006), 527 ff., wonach eine einschränkende Auslegung des § 934 BGB mit dem Gesetzgeberwillen nicht vereinbar ist.

<sup>90</sup> *Lange/Schiemann*, Fälle zum Sachenrecht, S. 58 f.

<sup>91</sup> Vgl. → Rn. 2.

<sup>92</sup> Des Weiteren kommen ua Schadensersatzansprüche gem. §§ 160 I, 823 I BGB in Betracht.

<sup>93</sup> S. auch *Brox* JuS 1984, 657 ff. (658 f.).

Grunde nach auch gegeben ist, da zwischen V und K ein Besitzmittlungsverhältnis bestand und G zudem guten Glaubens war.

4. Bei einer Veräußerung nach § 931 BGB erlischt gem. § 936 III BGB eine Belastung indes nicht, wenn das entsprechende Recht dem unmittelbaren Besitzer zusteht. Einem endgültigen Eigentumserwerb des G **steht daher § 936 III BGB entgegen**, der auf das Anwartschaftsrecht zumindest analoge Anwendung findet.<sup>94</sup> G kann also nur auflösend bedingtes Eigentum erwerben, weil das Anwartschaftsrecht des K fortbesteht. Mit Zahlung der letzten Rate **erstarkt die Anwartschaft zum Vollrecht** und verdrängt das Eigentum des G.<sup>95</sup> 416
- II. Solange die **auflösende Bedingung (vollständige Kaufpreiszahlung) nicht eintritt**, bleibt G freilich Eigentümer und hat grundsätzlich den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB gegen den Besitzer. 417
1. Es ist daher zu fragen, ob das Anwartschaftsrecht des K diesem ein **Recht zum Besitz** gem. § 986 BGB gegenüber dem Eigentümer verschafft. Die wohl hM bejaht ein solches Besitzrecht – aber auch dann, wenn man dies verneint, wird man zumindest mit der Rechtsprechung<sup>96</sup> den Vindikationsanspruch gem. § 242 BGB versagen müssen, wenn der Anwarter die unverzügliche Begleichung des Kaufpreises anbietet (vgl. zu dieser Problematik auch eingehend unten Fall 11/Var. 2, → Rn. 454).
2. Ungeachtet der Streitfrage, ob das Anwartschaftsrecht ein Recht zum Besitz begründet, ergibt sich hier bereits **aus dem Kaufvertrag ein schuldrechtliches Recht zum Besitz, das gem. § 986 II BGB auch gegenüber G eine Einwendung begründet**, da ein Erwerb gem. § 931 BGB vorliegt.

#### Variante 2:

Die Frage, ob X zu Lasten von V Eigentum erlangt hat, hängt von der Bewertung des sog „**Geheißerwerbs**“ ab.<sup>97</sup> 418

- I. In Betracht kommt zunächst ein **Eigentumserwerb des X unmittelbar von V gem. § 929 BGB**. Dieser scheidet jedoch schon deshalb aus, weil zwischen X und V kein dinglicher Vertrag geschlossen wurde. Aus Sicht des X ist normalerweise allein sein Vertragspartner K für das dingliche Geschäft zuständig. Die direkte Lieferung des V soll offenkundig nur den umständlichen und kostspieligen Transport über den (Zwischenhändler) K vermeiden. Auch aus Sicht des V soll eine Einigung nur mit dessen Vertragspartner K erfolgen. Denn V weiß regelmäßig nicht, ob der Abnehmer das Eigentum oder bloß den Besitz erhalten soll, und es ist auch nicht Sache des V, sich mit einem anderen als seinem Vertragspartner auseinanderzusetzen. Es entspricht deshalb der ganz hM, **dass bei einem sog Streckengeschäft die Übereignung grundsätzlich übers Eck erfolgt**.<sup>98</sup>
- II. Es verbleibt somit nur ein möglicher **Eigentumserwerb des X von K gem. §§ 929, 932 BGB**. 419
1. Bei einem Streckengeschäft erfolgt die **dingliche Einigung** zwischen den Kaufvertragsparteien in der Regel bereits **konkludent** bei Abschluss des Kaufvertrages.<sup>99</sup>
2. Schwieriger zu beurteilen ist das Erfordernis der „**Übergabe**“, da nicht K selbst, sondern V das Klavier an X ausgehändigt hat. Nach herrschender und zutreffender Ansicht reicht es jedoch für die Übergabe aus, dass der Besitz auf Geheiß des Veräußerers von einem Dritten, der unmittelbarer Besitzer ist, auf den Erwerber übertragen wird, und zwar selbst dann, wenn der Veräußerer nicht einmal mittelbaren Besitz hat.<sup>100</sup> Durch die Befolgung der Anweisung wird demonstriert, dass der Veräußerer im Sinne der Besitzübertragung die tatsächliche Sachherrschaft auszuüben vermag. Des Weiteren dürfen abgekürzte Lieferungen, die im Geschäftsverkehr sehr häufig vorkommen, aus 420

<sup>94</sup> Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 462; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 59 Rn. 46.

<sup>95</sup> S. dazu auch *Staudinger/Wiegand*, BGB, § 936 Rn. 16.

<sup>96</sup> BGHZ 10, 69 ff. (75) = NJW 1953, 1099 f. (1100).

<sup>97</sup> Ausführlich *Hager* ZIP 1993, 1446 ff. (am Beispiel des Erwerbs einer Briefgrundschuld); *Musielak* JuS 1992, 713 ff. (716 ff.).

<sup>98</sup> Vgl. nur *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 51 Rn.17; *Habersack*, Sachenrecht, Rn. 164 mwN.

<sup>99</sup> *BGH* NJW 1986, 1166 f. (1166 f.); *Habersack*, Sachenrecht, Rn. 164.

<sup>100</sup> *BGH* NJW 2016, 1887 ff. (Tz. 21); 1999, 425 ff. (425) = JuS 1999, 502 ff. mAnm *K. Schmidt*; *Wieling*, Sachenrecht, § 9 VIII; *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, § 7 Rn. 16.

Gründen des Verkehrsschutzes nicht erschwert werden. Es ist mithin festzuhalten, dass bei Durchlieferungen im Streckengeschäft regelmäßig ein **doppelter Geheißerwerb** stattfindet: V übereignet an K, indem er auf dessen Geheiß dem X übergibt, und K übereignet an X, indem V als Geheißperson des K übergibt.<sup>101</sup>

3. Problematisch ist allerdings, dass K vorliegend Nichtberechtigter war, weil **V nur infolge einer Täuschung das Klavier an X lieferte**. X war zwar redlich, doch ist in dieser Konstellation umstritten, ob überhaupt ein gutgläubiger Erwerb stattfinden kann:
- 421 a) Nach der sog **Unterwerfungslehre** fehlt es bereits an einer Übergabe durch den Veräußerer, wenn der unmittelbare Besitzer sich nicht dem Geheiß des Veräußerers unterwirft, sondern getäuscht wird. Ein gutgläubiger Erwerb komme nur bei einer tatsächlichen Unterwerfung und einer Leistung für Rechnung des K in Betracht. Nach dieser Ansicht wird folglich allein der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers geschützt, hingegen nicht der Umstand, dass, von einem objektiven Empfängerhorizont aus betrachtet, eine Geheißperson die Weisungen des Veräußerers befolgt.<sup>102</sup> Legt man diese Auffassung zugrunde, scheidet im vorliegenden Fall ein gutgläubiger Erwerb, weil X wusste, dass K zunächst nicht Eigentümer war bzw. nicht darauf vertrauen konnte, dass V sich den Weisungen des K unterwarf.
- 422 b) Nach der Gegenansicht hat auch für diese Gutglaubens-Problematik die Regelung des **§ 934 Alt. 2 BGB Modellcharakter**,<sup>103</sup> da in dieser Vorschrift das Dogma, dass der Besitz die Legitimationsgrundlage für den redlichen Erwerb sei, widerlegt werde. Maßgebend sei demnach nicht der Besitz des Verfügenden, sondern ausreichend sei die bloße Besitzverschaffungsmacht.<sup>104</sup> Hinzu komme, dass auch die Regelung des § 935 BGB einem gutgläubigen Erwerb nicht entgegenstehe, da ein Eigentümer selbst bei einer Täuschung seinen Besitz nicht unfreiwillig aufgibt.<sup>105</sup> Folgt man dieser Auffassung, hat X gutgläubig Eigentum an dem Klavier erlangt.

### Fall 11: „Starker Tobak“<sup>106</sup>

#### Sachverhalt

Im Januar 2016 bestellte der Münchener Bauunternehmer *Stark* (S) bei dem Passauer Baumaschinenhersteller *Tobak* (T) zwei Betonmischmaschinen zum Gesamtpreis von EUR 60.000,-, die T vereinbarungsgemäß gegen Rechnung und ohne weitere Sicherheiten nach München liefern sollte. Als T von finanziellen Schwierigkeiten des S erfuhr, legte er der Sendung einen Lieferschein mit dem deutlich sichtbaren Vermerk bei: „Alle Waren bleiben bis zur vollständigen Zahlung unser Eigentum“. Der Lieferschein wurde dem S persönlich ausgehändigt. Nachdem S den Empfang der Geräte quittiert hatte, ließ er die Betonmischmaschinen auf seine Großbaustelle schaffen, wo sie sogleich zum Einsatz kamen.

Bis Mai 2016 gelang es S, mehrere Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt EUR 30.000,- auf den Kaufpreis zu leisten, dann gerieten die Zahlungen jedoch ins Stocken. Um seine anhaltenden Liquiditätsschwierigkeiten zu überbrücken, nahm S bei der Bank B einen Kredit in Höhe von EUR 120.000,- in Anspruch und übereignete ihr zur Sicherheit die zwei Betonmischmaschinen, ohne dabei sein Verhältnis zu T offenzulegen. Im Sicherungsvertrag wurde festgelegt, dass S die Geräte auf der Baustelle weiter einsetzen dürfe, B jedoch berechtigt sei, die Maschinen in unmittelbaren Besitz zu nehmen, wenn S seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkomme. Ende November 2016 war S bereits

<sup>101</sup> Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 671 mwN.

<sup>102</sup> Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 563 f.; *Picker* NJW 1974, 1790 ff. (1794 f.).

<sup>103</sup> Vgl. *Hager* ZIP 1993, 1446 ff. (1450); *Gursky*, Klausurenkurs im Sachenrecht, Rn. 116 ff.; *Gomille* JURA 2013, 711 ff. (715 f.).

<sup>104</sup> *Staudinger/Wiegand*, BGB, § 932 Rn. 22 ff.

<sup>105</sup> Vgl. *Musielak* JuS 1992, 713 ff. (717); *Gursky*, Klausurenkurs im Sachenrecht, Rn. 121.

<sup>106</sup> Kernsachverhalt in Anlehnung an BGHZ 67, 207 ff. = NJW 1977, 42 f. = JuS 1977, 48 mAnm K. *Schmidt*; ähnlicher Übungsfall bei *Singer* JA 1998, 466 ff. (mit dem zusätzlichen Problem eines Vermieterpfandrechts am Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, das sich nach dem Rechtsgedanken des § 1287 S. 1 BGB am später entstandenen Voll-Eigentum fortsetzt).

mit mehreren Kreditraten in Verzug. Nachdem B vergeblich versucht hatte, S zu erreichen, nahm sie die Betonmischmaschinen in Besitz, entfernte sie von der Baustelle und stellte sie auf einem ihrer Grundstücke ab. T beansprucht nun das Eigentum an den Maschinen und verlangt sie von B heraus.

*Zu Recht?*

#### **Variante 1:**

S bestellte bei T schriftlich die beiden Betonmischmaschinen unter Bezugnahme auf seine beigefügten Einkaufsbedingungen. Darin heißt es ua: „1. Bestellte Waren gehen mit Auslieferung in unser Eigentum über. 2. Andere Bedingungen werden nicht Vertragsinhalt, auch wenn wir ihnen nicht ausdrücklich widersprechen.“ T bestätigte kurz darauf die Bestellung unter Bezugnahme auf seine eigenen Verkaufsbedingungen, die ua lauten: „1. Einkaufsbedingungen des Käufers wird hiermit widersprochen. 2. Alle gelieferten Waren bleiben unser Eigentum bis zur vollständigen Begleichung der Kaufpreisforderung.“ T übergab die Maschinen kommentarlos – ohne Aushändigung von Warenbegleitpapieren (Lieferschein) – an S.

*Wie ist das obige Herausgabeverlangen T gegen B unter Zugrundelegung dieses veränderten Sachverhalts zu beurteilen?*

#### **Variante 2:**

Diesmal mietet S bei T die beiden Betonmischmaschinen für die Dauer von zwei Wochen zum Einsatz auf einer Baustelle. Als der dort tätige Handwerker L dem S eine attraktive Offerte unterbreitet, kann dieser nicht widerstehen und veräußert die Maschinen an den gutgläubigen L unter Eigentumsvorbehalt zum Preis von EUR 70.000,-, wobei er sich als Eigentümer der Maschinen ausgibt. Der Sachverhalt fliegt jedoch auf, als T nach Ablauf der zweiwöchigen Mietzeit die Maschinen von S zurückfordern will und dieser zur Rückgabe außerstande ist.

*Kann T von L Herausgabe der Maschinen verlangen? Was muss L unternehmen, um Eigentümer der Maschinen zu werden?*

#### **Variante 3:**

S hat die Maschinen wieder von T unter Eigentumsvorbehalt zum Preis von EUR 60.000,- gekauft und bereits eine Anzahlung von EUR 10.000,- geleistet. Anschließend verleiht er die Maschinen kurzfristig an L. L behauptet nunmehr gegenüber D, er selbst habe die Maschinen von T zum Preis von EUR 50.000,- unter Eigentumsvorbehalt gekauft und davon bereits EUR 40.000,- abgezahlt. In der Folge veräußert er seine angebliche Anwartschaft für EUR 30.000,- an den gutgläubigen D, der die Maschinen sofort einsetzt.

*Kann S von D Herausgabe der Maschinen verlangen? Kann D durch Zahlung von EUR 10.000,- an T Eigentümer der Maschinen werden?*

#### **Variante 4:**

Wie Variante 3, nur hat S die Maschinen wiederum von T gemietet.

*Kann T von D Herausgabe der Maschinen verlangen?*

## **Lösung**

### **Herausgabeansprüche des T gegen B**

423

#### **I. Es könnte ein Anspruch aus §§ 861 I, 869 BGB bestehen.**

Voraussetzung eines possessorischen Herausgabeanspruchs des mittelbaren Besitzers ist, dass S als Besitzmittler des T seinen unmittelbaren Besitz an den Maschinen durch verbotene Eigenmacht ver-

loren hat (§ 858 I BGB). Dies ist jedoch nicht der Fall, da S seinen Besitz aufgrund der vertraglichen Gestattung freiwillig auf B übertragen hat.

- 424 II. Es könnte jedoch ein **Anspruch auf Herausgabe der Maschinen** gem. § 985 BGB gegeben sein. Dies setzt voraus, dass T Eigentümer und B nichtberechtigter Besitzer der Geräte ist (§ 986 BGB).

### 1. Eigentum des T

- 425 a) Ursprünglich war T Eigentümer der Maschinen (vgl. § 1006 II BGB). T könnte sein Eigentum durch **Übereignung an S gem. § 929 BGB** verloren haben. Dagegen spricht jedoch möglicherweise der auf dem Lieferschein erklärte **Eigentumsvorbehalt (§ 449 I BGB)**, dessen Bedingung, nämlich die vollständige Kaufpreiszahlung, noch nicht eingetreten ist.
- 426 aa) Nach dem Abstraktionsprinzip ist für die Wirksamkeit des Eigentumsübergangs allein die **dingliche Einigung (§§ 145 ff. BGB) maßgebend** und nicht der schuldrechtliche Vertrag. Die dingliche Einigung wird im Regelfall jedoch nicht ausdrücklich erklärt, sondern erfolgt konkludent durch die Übergabe der Ware. Gegebenenfalls ist daher der Kaufvertrag zur Auslegung des dinglichen Vertrages mitherananzuziehen. Ist im Kaufvertrag ein Eigentumsvorbehalt nicht vereinbart, so enthält die Übergabe grundsätzlich das Angebot des Verkäufers zu vertragsgemäßem Eigentumserwerb ohne Vorbehalt.<sup>107</sup> Aufgrund des Prinzips der Trennung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft hat der Verkäufer aber auch die Möglichkeit, die dingliche Einigung nachträglich einseitig und unter Umständen **vertragswidrig mit Eigentumsvorbehalt anzubieten**.<sup>108</sup> Dies hat zwar zur Folge, dass der Verkäufer notfalls im Wege von Klage und Zwangsvollstreckung (§§ 894, 897 ZPO) zur unbedingten Eigentumsverschaffung gezwungen werden kann, ändert aber nichts daran, dass ein **Eigentumsübergang zunächst nicht stattfindet**.<sup>109</sup> Im vorliegenden Fall hat T einen solchen einseitigen, nachträglichen Eigentumsvorbehalt ausdrücklich gewollt. Vertragswidrig war er deshalb, weil Vorleistungspflicht (entgegen § 320 BGB) ausdrücklich vereinbart war.
- 427 bb) Problematisch ist allerdings, **ob der vertragswidrige Vorbehalt des T dem S auch zugegangen ist (§ 130 BGB)**. Geht dem Käufer der Vorbehalt des Verkäufers nicht zu, verbleibt es bei der Einigungserklärung gem. § 929 S. 1 BGB ohne den Vorbehalt.<sup>110</sup> Da der Vorbehalt in dem Warenbegleitschreiben enthalten war, erfolgte er an sich rechtzeitig, nämlich noch bei Vollzug der dinglichen Einigung. An den Zugang dieser einseitigen Erklärung sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen, weil der Käufer mit einer Vertragsverletzung nicht zu rechnen braucht.<sup>111</sup> Ein bloßer Vermerk auf dem Lieferschein genügt insbesondere dann nicht, wenn dem Kaufvertrag unwidersprochen die Einkaufsbedingungen des Käufers zugrunde liegen<sup>112</sup> oder wenn das Begleitschreiben nicht einer zur Vertragsgestaltung befugten Person, zB der Warenannahmestelle zugeht.<sup>113</sup> Hier wurde dem S der Lieferschein **persönlich ausgehändigt** und von diesem sogar quittiert. Zudem war der Hinweis auch **deutlich sichtbar** angebracht. Der **Eigentumsvorbehalt ist deshalb wirksam vereinbart** worden, wobei in der Entgegennahme der Ware eine konkludente Annahme (auf dinglicher Ebene)<sup>114</sup> erfolgte.<sup>115</sup> Da S den Kaufpreis noch nicht vollständig entrichtet hat, erwarb er folglich auch kein Eigentum.
- b) T könnte sein Eigentum aber durch **Übereignung der Maschinen von S an B** verloren haben.

<sup>107</sup> Vgl. Palandt/Herrler, BGB, § 929 Rn. 29; *beachte*: nach einer unbedingten Übereignung können die Parteien einen EV im Wege der Rückübereignung unter Vorbehalt des AnwR des Käufers vereinbaren; nach aA sind zwei Übereignungen erforderlich (zunächst §§ 929 S. 1, 930 zurück an Verkäufer und dann §§ 929 S. 2, 158 BGB); vgl. Wolff/Wellenhofer, Sachenrecht, § 14 Rn. 7.

<sup>108</sup> Vgl. nur BGH NJW 2006, 3488 ff. (Tz. 10 ff.) bzw. die Kurzdarstellung → Rn. 517 (konkludente Erklärung mittels Zurückbehaltens der Zulassungsbescheinigung II bei Übereignung eines Pkw); St. Lorenz JuS 2011, 199 ff. (200).

<sup>109</sup> Vgl. nur BGHZ 104, 129 ff. (137) = NJW 1988, 1774 ff. (1776).

<sup>110</sup> Vgl. nur BGH NJW 1979, 213 f. (214) = JuS 1979, 366 f. mAnm K. Schmidt; Leible/Sosnitza JuS 2001, 244 ff. (247).

<sup>111</sup> Vgl. BGH NJW 2006, 3488 ff. (Tz. 11); Singer/Große-Klufsmann JuS 2000, 562 ff. (563); Bonin JuS 2002, 438 ff. (441 f.) mwN.

<sup>112</sup> BGH NJW 1979, 213 f. (214) = JuS 1979, 366 f. mAnm K. Schmidt.

<sup>113</sup> BGH NJW 1979, 2199 f. (2200) = JuS 1979, 816 f. mAnm K. Schmidt.

<sup>114</sup> In Betracht kommt zugleich eine (stillschweigende) Änderung des Kaufvertrages, die jedoch nicht zu vermuten ist; vgl. Larenz, Schuldrecht II/1, § 43 II a (S. 109); aA Leible/Sosnitza JuS 2001, 244 ff. (247) mwN.

<sup>115</sup> Vgl. BGH NJW 1982, 1751 = JuS 1982, 938 f. mAnm K. Schmidt; Ulmer/H. Schmidt JuS 1984, 18 ff. (25).

- aa) Da S den Besitz der Maschinen behalten sollte, kommt von vornherein nur eine **Übereignung gem. § 930 BGB** in Betracht. Nach § 930 BGB wird die Übergabe durch Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses ersetzt, das hier in der **Sicherungsabrede** eine ausreichend konkrete Grundlage hat. 428
- bb) S ist allerdings Nichtberechtigter. Er ist weder Eigentümer noch liegt eine Ermächtigung gem. § 185 BGB vor. In Betracht kommt daher nur ein **gutgläubiger Erwerb der Maschinen gem. § 933 BGB**. Voraussetzung hierfür ist, neben der Erfüllung des Erwerbstatbestands des § 930 BGB (sowie der Erfordernisse gem. §§ 932 II, 935 BGB), die **Übergabe der veräußerten Sache iSv § 929 S. 1 BGB**.<sup>116</sup> Diese ist in der vorliegenden Konstellation problematisch, da B die Geräte einerseits eigenmächtig abgeholt hat, andererseits aufgrund des Sicherungsvertrages dazu ermächtigt war. 429
- (1) Die **Rechtsprechung lässt eine im Voraus erteilte Ermächtigung nicht genügen**, weil diese lediglich den Tatbestand der verbotenen Eigenmacht ausschließt (§§ 858, 863 BGB).<sup>117</sup> Die Rechtslage hinsichtlich des Besitzes werde allein durch die tatsächlichen Verhältnisse und den darauf bezogenen Willen der Parteien bestimmt, nicht aber durch rechtsgeschäftliche Abreden. Das Ziel dieser restriktiven Rechtsprechung besteht insbesondere darin, eine „Selbstbedienung“ einzelner Gläubiger in der Krise des Sicherungsgebers zu verhindern.<sup>118</sup> 430
- (2) Dieser Auffassung widerspricht die überwiegende Literaturmeinung:<sup>119</sup> Die Übergabe erfordere **nur einen Besitzaufgabewillen zur Zeit der Besitzentziehung**. Ist das Einverständnis im Voraus erteilt, spräche nichts gegen den Fortbestand dieses Willens, solange der ursprüngliche Besitzer nicht widerrufen hat. Die Forderung nach einer „Aktualisierung“ des Einverständnisses sei mit dem einheitlichen Übergabebegriff in den §§ 929, 932, 933 BGB nicht zu vereinbaren. 431
- cc) **Zwischenergebnis:** Folgt man dem *BGH*, ist ein gutgläubiger Erwerb von B gescheitert; T ist Eigentümer geblieben. Nach der Literaturansicht hat B (Sicherungs-)Eigentum erworben, und das Herausgabeverlangen des T gem. § 985 BGB ist schon aus diesem Grund abzuweisen. 432

## 2. Besitz der B

B ist infolge der Abholung der Maschinen deren unmittelbare Besitzerin.

## 3. Kein Recht zum Besitz seitens der B, § 986 BGB

In Betracht kommt sowohl ein obligatorisches als auch ein dingliches Recht zum Besitz.

- a) S hat als Vorbehaltskäufer gem. §§ 929, 158 I BGB ein **Anwartschaftsrecht erworben**. Dieses Recht ist auch nicht durch den bloßen Verzug oder durch eine eventuelle Insolvenz des S erloschen. Solange T nicht vom Kaufvertrag zurückgetreten ist (§ 323 BGB), besteht das Anwartschaftsrecht fort (§ 449 II BGB).<sup>120</sup> Es wäre nur dann erloschen, wenn man – was zweifelhaft erscheint – davon ausgehe, dass T bereits im Rahmen des Herausgabeverlangens konkludent vom Kaufvertrag zurückgetreten ist. 432
- b) Dieses **Anwartschaftsrecht könnte B erworben haben**. Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers ist seinem wirtschaftlichen Zweck nach grundsätzlich übertragbar, und zwar ohne Ermächtigung oder Mitwirkung des Vorbehaltsverkäufers<sup>121</sup> nach den Regeln, die für die Übertragung des Vollrechts gelten, dh **nach §§ 929 ff. BGB analog** (nicht nach § 413 BGB!). Vorliegend war zwischen S und B zwar die Übertragung des Vollrechts gem. § 930 BGB beabsichtigt, dieser Erwerbsvorgang ist jedoch gescheitert. In diesem Fall ist regelmäßig von der Übertragung des Anwartschaftsrechts auszugehen. Rechtstechnisch geschieht dies entweder im Wege der Umdeutung (§ 140 BGB) des ge- 433

<sup>116</sup> Die Erwerbsform des § 930 BGB verliert deshalb für den Gutgläubensschutz praktisch jede Bedeutung; vgl. auch *Musielak JuS 1992, 713 ff. (718)*.

<sup>117</sup> BGHZ 67, 207 ff. (209 f.) = NJW 1977, 42 f. (43) = JuS 1977, 48 mAnm K. Schmidt.

<sup>118</sup> Vgl. *Damrau JuS 1978, 519 ff. (523)*.

<sup>119</sup> *Staudinger/Wiegand, BGB, § 933 Rn. 21 ff.; Musielak JuS 1992, 713 ff. (718); Damrau JuS 1978, 519 ff.; Schapp/Schur, Sachenrecht, Rn. 214*.

<sup>120</sup> Vgl. nur *BGH NJW 2007, 2485 ff. (2487)*.

<sup>121</sup> Vgl. nur *BGHZ 20, 88 ff. (100 f.) = NJW 1956, 665 ff. (667); Brox JuS 1984, 657 ff. (661)*.

scheiterten Übertragungsaktes in das wesensgleiche Minus des Anwartschaftsrechts oder aber man legt die Einigung dahingehend aus, dass von den Parteien jedenfalls die Übertragung des Anwartschaftsrechts gewollt war<sup>122</sup> – und zwar entsprechend dem Sicherungscharakter als **Sicherungsübertragung des Anwartschaftsrechts analog § 930 BGB** vom Berechtigten.<sup>123</sup> Der Erwerbstatbestand des § 930 BGB analog ist demnach also erfüllt.

- 434 c) Sehr umstritten ist aber, ob das Anwartschaftsrecht dem Besitzer ein dingliches Recht zum Besitz gibt, § 986 BGB. In der vorliegenden Konstellation des Zweiterwerbs des Anwartschaftsrechts vom Berechtigten kommt es auf diese Frage jedoch nicht an, weil B durch den Erwerb der Anwartschaft jedenfalls auch in die schuldrechtliche Position des S aus dem mit T geschlossenen Kaufvertrag eingetreten ist. Der Vorbehaltskäufer (S) hat gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer (T) ein **obligatorisches Besitzrecht aus dem Kaufvertrag gem. § 986 I 1 iVm § 433 BGB**. Da der wirtschaftliche Zweck des Anwartschaftsrechts dessen freie Veräußerbarkeit analog §§ 929 ff. BGB fordert, muss der Veräußerer des Anwartschaftsrechts auch berechtigt sein, dem Erwerber den Besitz an der Sache und mit ihm sein relatives Besitzrecht aus dem Kaufvertrag mit Wirkung gegenüber dem Verkäufer zur Ausübung zu überlassen.<sup>124</sup> Daraus folgt, dass der Erwerber nach Übertragung der Anwartschaft vom Berechtigten über ein obligatorisches Besitzrecht analog § 986 I 1 Alt. 2 BGB verfügt. Hier besteht dieses Besitzrecht auch noch fort, weil T bislang nicht nach § 323 BGB zurückgetreten ist.

*Anmerkung:* Zu demselben Ergebnis würde auch die Anerkennung eines dinglichen Besitzrechts aus dem Anwartschaftsrecht führen (dazu Variante 2). Auf dieses muss jedoch nur im Falle gutgläubigen Erwerbs rekuriert werden, weil dann kein ableitbares Besitzrecht des Veräußerers besteht.

4. **Zwischenergebnis:** Wegen eines Rechts zum Besitz gem. § 986 I 1 BGB besteht kein Anspruch aus § 985 BGB.

#### 435 III. Ansprüche aus § 1007 BGB

1. Ein **Anspruch aus § 1007 I BGB** scheidet vorliegend am Bestehen guten Glaubens sowie eines Rechts zum Besitz seitens der B, § 1007 III 2 iVm § 986 I 1 Alt. 2 BGB (s. o.).
2. Ein **Anspruch aus § 1007 II BGB** kommt ebenfalls nicht in Betracht, da die Maschinen nicht abhandengekommen sind (§ 935 BGB).

#### 436 IV. Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion)

Ein Anspruch aus Eingriffskondiktion ist nach dem Subsidiaritätsprinzip durch die vorrangige Leistung im Verhältnis zwischen S und B bzw. nach der Wertung der §§ 930, 986 BGB, die das Anwartschaftsrecht sowie den berechtigten Besitz an den Maschinen der B zuordnet und die auch im Bereich der Nichtleistungskondiktion gilt, ausgeschlossen.

#### 437 V. Anspruch aus §§ 823 I, 823 II iVm § 858 I BGB

Deliktische Ansprüche sind vorliegend ebenfalls nicht gegeben, da B das Anwartschaftsrecht vom berechtigten S erwarb und im Übrigen auch keine verbotene Eigenmacht ausgeübt wurde.

#### VI. Ergebnis

T hat keinerlei Herausgabeansprüche gegen B, da diese ein Anwartschaftsrecht und damit auch ein obligatorisches Besitzrecht an den Maschinen vom berechtigten S erworben hat. T ist dabei nicht der Gefahr ausgesetzt, Kaufpreis und Besitz zu verlieren. Zahlen weder S noch B (§ 267 BGB), kann T nach Fristsetzung zurücktreten, mit der Folge, dass sowohl das Anwartschaftsrecht als auch das Besitzrecht von B erlöschen.

<sup>122</sup> S. auch schon → Rn. 304, 405.

<sup>123</sup> S. dazu auch *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 2410; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 57 Rn. 11.

<sup>124</sup> *Larenz*, Schuldrecht II/1, § 43 II c (S. 117f.); *Brox* JuS 1984, 657 ff. (659).