

## Die Klausur im Zivilrecht

Bearbeitet von

Von Dr. Tobias Langkamp (geb. Wirtz), Rechtsanwalt und Repetitor, und Dr. Jan Stefan Lüdde,  
Rechtsanwalt und Repetitor

2. Auflage 2019. Buch. 44 S. Mit einem Poster im Heftinnenteil. Kartoniert

ISBN 978 3 86752 641 8

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung 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.

# 1. Teil: Herausgabeansprüche

## A. Einleitung und Überblick

Ansprüche auf Herausgabe finden sich an verschiedensten Stellen des BGB. Sie können sich aus Vertrag oder vertragsähnlichen Schuldverhältnissen, aus Sachenrecht, Bereicherungsrecht oder Deliktsrecht sowie aus dem Familien- und Erbrecht ergeben.

**Gegenstand der Herausgabe** (vgl. § 292) können nicht nur (bewegliche und unbewegliche) Sachen, also körperliche Gegenstände (§ 90), sein, sondern auch **unkörperliche Gegenstände** (Forderungen, Immaterialgüterrechte und sonstige Vermögensrechte). Daneben kann auch jedes „Etwas“ i.S.v. § 812 Abs. 1 und damit jeder Vermögensvorteil im weitesten Sinne Gegenstand der Herausgabe sein. Dies betrifft Rechte jeder Art, gleichgültig ob dingliche (z.B. Eigentum, Pfandrecht, Hypothek, Nießbrauch) oder obligatorische, und sonstige vorteilhafte Rechtsstellungen (z.B. Besitz, Buchpositionen) sowie erlangte Nutzungen von Gegenständen oder Dienstleistungen.

Der **Begriff der Herausgabe** kann unterschiedliche Bedeutung haben. Der Inhalt des Herausgabeanspruchs hängt davon ab, was genau herauszugeben ist. Begeht etwa der Eigentümer einer Sache deren Herausgabe vom Besitzer (Vindikation gemäß § 985), meint Herausgabe nur die Übertragung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes. Gehört die Sache hingegen dem Herausgabeschuldner, ist unter der Herausgabe zudem die Übereignung der Sache zu verstehen (so etwa gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 bei Anfechtung nur des Verpflichtungsgeschäfts). Bei Forderungen geschieht die Herausgabe durch Abtretung (§ 398), bei Buchpositionen durch die Einwilligung in die Grundbuchberichtigung (vgl. § 19 GBO). Die **Nutzungen** bilden einen **Sonderfall**. Bei ihnen ist die „Herausgabe“ im wörtlichen Sinne nicht möglich und wird durch die Verpflichtung des Herausgabeschuldners zur Zahlung von Werteratz ersetzt (vgl. § 818 Abs. 1 und 2).

Eine Übersicht über die nachstehend näher behandelten klausurrelevanten Herausgabeansprüche gibt folgendes **Prüfungsschema**:

<b>I. Vertragliche Ansprüche</b>
1. Rückgabe nach Vertragsbeendigung
2. Rückabwicklung des Vertrages infolge Rücktritts oder Widerrufs
3. Herausgabe des Ersatzes (§ 285)
4. Herausgabe als Naturalrestitution (§ 280 Abs. 1 i.V.m. § 249 Abs. 1)
<b>II. Vertragsähnliche Ansprüche</b>
1. Anspruch aus vorvertraglicher Pflichtverletzung (c.i.c.)
2. Ansprüche aus GoA (§§ 677 ff.)
<b>III. Sachenrechtliche Ansprüche</b>
1. Anspruch aus dinglichem Recht (§ 985)
2. Ansprüche aus früherem Besitz (§§ 861 Abs. 1, 1007 Abs. 1 und 2)
3. Ansprüche auf Nutzungsherausgabe bzw. -ersatz aus §§ 987 ff.
<b>IV. Deliktische Ansprüche</b>
Ansprüche aus §§ 823 ff. i.V.m. § 249 Abs. 1
<b>V. Bereicherungsrechtliche Ansprüche</b>
Ansprüche aus §§ 812 ff.

Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche des **BGB**.

Nicht separat, sondern im jeweiligen Sachzusammenhang dargestellt werden die drei sog. **Erlösherausgabeansprüche**:

- § 285 Abs. 1
- §§ 681 S. 2, 667 (i.V.m. § 687 Abs. 2 S. 1)
- § 816 Abs. 1 S. 1

## B. Vertragliche Ansprüche

### I. Rückgabe nach Vertragsbeendigung

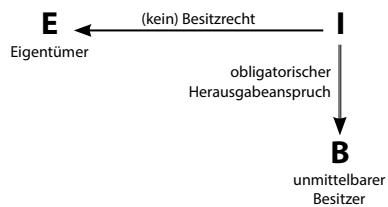
Vertragliche Herausgabeansprüche entstehen, wenn ein auf Zeit zum Besitz berechtigendes Vertragsverhältnis endet. Vertragliche Herausgabeansprüche gibt es z.B. bei:

- Miete (§ 546 Abs. 1),
- Pacht (§§ 546, 581 Abs. 2),
- Leih (§ 604 Abs. 1),
- Auftrag (§ 667),
- Geschäftsbesorgung (§§ 675 Abs. 1, 667),
- Verwahrung (§ 695) und
- Beendigung einer GbR (§ 732 S. 1).

Diese Herausgabeansprüche treten **neben** den dinglichen Herausgabeanspruch aus **§ 985**. Echte Anspruchskonkurrenz besteht dann, wenn der Inhaber des vertraglichen (Synonym: obligatorischen) Anspruchs zugleich Eigentümer und damit Inhaber auch des dinglichen Herausgabeanspruchs nach § 985 ist. Problematisch sind hingegen Fälle, in denen der **Eigentümer und der Inhaber des obligatorischen Anspruchs personenverschieden** sind.

- Ist der **Inhaber des obligatorischen Anspruchs** (I) dem Eigentümer (E) gegenüber **zum Besitz berechtigt**, dann können sowohl I als auch E gemäß § 986 Abs. 1 S. 2 vom unmittelbaren Besitzer (B) Herausgabe an I verlangen.
- Hat I hingegen gegenüber E **kein Besitzrecht**, so könnte man B eine Einrede aus § 242 gegenüber dem I zusprechen, weil B dem E nach Maßgabe der §§ 989, 990 haftet, wenn er I die Sache herausgibt. Die h.M. hält dies aber allenfalls dann für vertretbar, wenn B Kenntnis vom fehlenden Besitzrecht des I gegenüber E hat. Andernfalls sei B verpflichtet, die Sache an I herauszugeben. Zum Schutz des B habe dann E seinen Herausgabeanspruch aus § 985 nur gegen I, damit B dem E nicht haften muss.

Vertragliche Herausgabeansprüche richten sich grundsätzlich nur gegen den Vertragspartner. Hiervon abweichend sieht **§ 546 Abs. 2** vor, dass der Vermieter die Sachen nach Beendigung des Mietverhältnisses auch von einem Dritten, dem der Mieter – mit oder ohne Zustimmung des Vermieters – den Gebrauch der Mietsache überlassen hat, zurückfordern kann. Entsprechendes gilt nach **§ 604 Abs. 4** für die Leih und – in Gesamtanalogie – auch für den Rückgabeanspruch des Verwahrers nach § 695.



Die Vorschrift des § 546 Abs. 2 ordnet einen **gesetzlichen Schuldbeitritt des Dritten** zur Rückgabepflicht des Mieters aus § 546 Abs. 1 an. Sie gilt nicht in Fällen der gewerblichen Weitervermietung (§ 565).

#### Aufbauschema: Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 323, 437 Nr. 2 Alt. 1

##### I. Rücktrittserklärung (§ 349)

##### II. Rücktrittsgrund

1. Wirksamer Kaufvertrag
2. Sach- oder Rechtsmangel (§§ 434, 435)
3. Bei Gefährübergang (z.B. § 446)
4. Ablauf angemessener Frist oder Entbehrllichkeit

##### III. Kein Ausschluss

- Rücktrittsrecht ausgeschlossen (§ 323 Abs. 5 S. 1, Abs. 6)
- Kein Gewährleistungsausschluss (Vertrag oder Gesetz)

##### IV. Keine Unwirksamkeit des Rücktritts (§§ 438 Abs. 4, 218)

##### V. Rechtsfolge: Herausgabe (§ 346)

#### II. Rückabwicklung des Vertrags infolge Rücktritts oder Widerrufs

##### 1. Herausgabe nach Rücktritt

Nach einem wirksamen **Rücktritt** vom Vertrag, der gemäß § 349 eine Erklärung voraussetzt, haben die Parteien nach § 346 Abs. 1 die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Besonders klausurrelevant ist § 346 vor allem durch die Verweise aus dem kaufvertraglichen und werkvertraglichen Gewährleistungsrecht (§ 437 Nr. 2 Alt. 1 und § 634 Nr. 3 Alt. 1).

Der wichtigste Anspruch in diesem Zusammenhang ist der aus den **§§ 346 Abs. 1, 323, 437 Nr. 2 Alt. 1** mit dem der Käufer einer sach- oder rechtsmaßhaften Kaufsache die Rückzahlung des Kaufpreises verfolgt.

Der Rücktritt führt zu einer Umwandlung des Kaufvertrags in ein **Rückgewährschuldverhältnis**. Sind die Leistungen noch nicht erbracht worden, so hat der Rücktritt das Erlöschen der Primärleistungspflichten zur Folge. Die empfange-

nen Leistungen sind in Natur zurückzugewähren, d.h. die mangelhafte Kaufsache ist zurückzuübertragen und der gezahlte Kaufpreis zurückzuzahlen. So weit das Empfangene bzw. die Nutzungen nicht in Natur herausgegeben werden können, ist gemäß § 346 Abs. 2 Wertersatz zu leisten.

## 2. Herausgabe nach Widerruf

Zur Rückabwicklung des Vertrags kommt es auch, wenn ein Verbraucher (§ 13) von seinem z.B. in § 312 g (Außergeschäftsraum- oder Fernabsatzvertrag) oder § 495 (Verbraucherdarlehensvertrag) statuierten **Widerrufsrecht** Gebrauch macht und seine auf Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung wirksam gegenüber dem Unternehmer (§ 14) widerruft.

Nach § 355 Abs. 3 S. 1 sind die Parteien dann nämlich verpflichtet, die **empfangenen Leistungen** unverzüglich **zurückzugewähren**. Dabei bedeutet unverzüglich in Anlehnung an § 121 Abs. 1 S. 1 ohne schuldhaftes Zögern. Vom Unternehmer gelieferte Waren und sonstige dem Verbraucher überlassene Vermögensgegenstände sind grundsätzlich in Natur herauszugeben. Dabei kann der Verbraucher die Ware auch an eine vom Unternehmer ermächtigte Person herausgeben, etwa ein vom Unternehmen eingeschaltetes Logistikunternehmen.

Geht es um den Widerruf eines Fernabsatzvertrags (§ 312 c), ist § 355 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 357 Abs. 1 die Anspruchsgrundlage auf Herausgabe der Leistungen. Abweichend von der Grundregel sind die Leistungen dann nicht unverzüglich, sondern spätestens nach 14 Tagen zurückzugewähren. Dabei hat der Unternehmer nach § 357 Abs. 3 S. 1 für die Rückzahlung das Zahlungsmittel zu verwenden, das auch der Verbraucher bei seiner Zahlung verwendet hat. Der Unternehmer kann von der Verpflichtung aus § 357 Abs. 3 S. 1 nur abweichen, wenn er mit dem Verbraucher **ausdrücklich** eine andere Vereinbarung getroffen hat und dem Verbraucher durch diese Art der Rückzahlung keine Kosten entstehen, § 357 Abs. 3 S. 2. Wegen des Erfordernisses der Ausdrücklichkeit ist eine abweichende Vereinbarung im Rahmen von AGB regelmäßig unwirksam. Der Unternehmer kann demnach mit der Zusendung eines Gutscheins den Anspruch des Verbrauchers grundsätzlich nicht erfüllen.

Gemäß § 357 Abs. 2 S. 1 hat der Unternehmer auch die Kosten der Lieferung zurückzugewähren. Davon sind jedoch Zusatzkosten ausgenommen, die dadurch entstanden sind, dass der Verbraucher ausdrücklich eine **andere Art der Lieferung** als die vom Unternehmer angebotene, günstigere Standardlieferung gewählt hat.

## III. Herausgabe des Ersatzes

Ist dem Schuldner die Herausgabe des Gegenstandes nach § 275 Abs. 1 bis 3 unmöglich, erlangt er jedoch infolge des Umstands, auf Grund dessen die Unmöglichkeit eingetreten ist, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger gemäß § 285 Abs. 1 Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. Damit wird eine als unbillig empfundene Zuordnung von Vermögensgütern durch **schuldrechtliche Surrogation** (weitere Fälle: §§ 667, 816) korrigiert. Im Gegensatz zur dinglichen Surrogation (z.B. § 1247 S. 2) tritt das Surrogat, das **stellvertretende commodum**, nicht ipso iure an die Stelle des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes; es besteht lediglich ein schuldrechtlicher Herausgabeanspruch.

Voraussetzung für einen Anspruch aus § 285 Abs. 1 ist der Eintritt eines nach § 275 beachtlichen Leistungshindernisses. Ob es sich dabei um anfängliche oder nachträgliche, zu vertretende oder nicht zu vertretende **Unmöglichkeit**

### Aufbauschema: Widerruf bei Verbraucherträge

- I. **Widerrufserklärung**  
(§ 355 Abs. 1 S. 2)
- II. **Widerrufsrecht gemäß § 355**  
(z.B. aus § 312 g)
- III. **Rechtsfolge:** Herausgabe  
(§ 355 Abs. 3 bzw. §§ 357 ff.)

§ 355 Abs. 3 bestimmt die grundsätzlichen Rechtsfolgen des Widerrufs, die in den §§ 357 ff. für einzelne Vertragstypen modifiziert und ergänzt werden.

**Grundfälle des Verbraucherschutzes** sind im Beitrag Wirtz RÜ 2014, 465 ff. dargestellt.

Es stellt sich dann jedoch die Frage, ob zumindest ein **Anspruch auf den Differenzbetrag** zwischen der angebotenen Standard- und der gewählten Expresslieferung besteht. Für einen solchen Anspruch, den die h.M. gewährt, spricht der Wortlaut des § 357 Abs. 2 S. 2 demzufolge die Erstattungspflicht nur „soweit“ für „zusätzliche“ Kosten entfallen soll.

**Auf den dinglichen Anspruch aus § 985 ist § 285 nicht anwendbar.** Ist die Übereignung unwirksam, dann soll der Eigentümer vom neuen Besitzer gemäß § 985 die Herausgabe, nicht aber zusätzlich vom alten Besitzer gemäß § 285 den Erlös (d.h. den vom neuen Besitzer an den alten Besitzer gezahlten Kaufpreis) verlangen können. Ist die Übereignung dagegen wirksam (z.B. weil der Eigentümer sie gemäß §§ 185 Abs. 1 S. 2 Var. 1, 184 genehmigt), dann kann der Eigentümer vom alten Besitzer gemäß § 816 Abs. 1 S. 1 den Erlös verlangen, vom neuen Besitzer aber nicht mehr die Sache. Nur wenn der neue Besitzer das Eigentum unentgeltlich erhalten hat, dann muss er die Sache gleichwohl gemäß § 816 Abs. 1 S. 2 herausgeben.

Anstelle der Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1) kann der Geschädigte **Schadensersatz in Geld** verlangen, wenn eine Personenverletzung oder Sachbeschädigung vorliegt (§ 249 Abs. 2 S. 1), wenn eine zur Wiederherstellung gesetzte Frist verstrichen (§ 250) oder die Wiederherstellung nicht möglich oder nicht ausreichend ist (§ 251 Abs. 1, Kompensation). In der Praxis ist der Geldersatz die Regel, nicht die Ausnahme (vgl. zum allgemeinen Schadensrecht AS-Skript Schuldrecht BT 4 [2017] Rn. 422 ff.).

handelt, ist unerheblich. In den Fällen des § 275 Abs. 2 und 3 muss der Schuldner die ihm zustehende Einrede tatsächlich erhoben haben.

Der Schuldner muss für den Gegenstand, dessen Herausgabe unmöglich ist, einen **Ersatz oder Ersatzanspruch** erlangt haben. Ursprünglich geschuldeter Gegenstand und Ersatz bzw. Ersatzanspruch müssen in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehen. Auch der durch Rechtsgeschäft erlangte Ersatz bzw. Ersatzanspruch ist herauszugeben.

**Beispiel 1:** Wird der geschuldete Gegenstand durch einen Brand vernichtet, sind die Ansprüche gegen den Feuerversicherer und gegen den Brandstifter abzutreten.

**Beispiel 2:** Herausgabe des vom Zweitkäufer erlangten Veräußerungserlöses an den Erstkäufer. Obwohl hier Unmöglichwerden und Ersatzerlangung auf unterschiedlichen Rechtsgeschäften beruhen, wird der Kausalzusammenhang bejaht.

Die Verpflichtung zur **Herausgabe des Erlangten** erstreckt sich aufgrund des Ersetzungsgedankens auch auf einen Mehrwert des Ersatzes (etwa einen Veräußerungsgewinn).

Neben dem Surrogat kann der Gläubiger auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen, der sich dann allerdings **um den Wert des Surrogats mindert** (§ 285 Abs. 2). Fordert der Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen die Herausgabe des stellvertretenden commodums, so bleibt er in dem Verhältnis zur Gegenleistung verpflichtet, in dem dessen Wert zum Wert der ursprünglich geschuldeten Leistung steht (§ 326 Abs. 3).

## IV. Herausgabe als Naturalrestitution

Bei vertraglichen Pflichtverletzungen kommt ein Schadensersatzanspruch nach **§ 280 Abs. 1** in Betracht. Liegen dessen Tatbestandsvoraussetzungen vor und kann sich der Schuldner auch nicht exkulpieren (§ 280 Abs. 1 S. 2), ist der Gläubiger so zu stellen, wie er ohne die Pflichtverletzung stünde. Dies kann den Schuldner **auch zur Herausgabe verpflichten**. Die §§ 249 bis 253 regeln, ob und in welcher Höhe jemandem ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist und auf welche Weise er Regulierung verlangen kann. Grundsätzlich hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (**Grundsatz der Naturalrestitution, § 249 Abs. 1**). Der Geschädigte wird also grundsätzlich (Ausnahme: § 251 Abs. 2) in seinem Erhaltungsinteresse und nicht bloß in seinem Wertinteresse geschützt.

## C. Vertragsähnliche Ansprüche

### I. Anspruch aus vorvertraglicher Pflichtverletzung (c.i.c.)

Auch bei einer vorvertraglichen Pflichtverletzung (vgl. zu den Voraussetzungen unten S. 27 f.) kommt im Rahmen eines Anspruchs aus **§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 i.V.m. § 249 Abs. 1** (Naturalrestitution) eine Herausgabe pflicht des Schuldners in Betracht.

### II. Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)

Zu den vertragsähnlichen Herausgabeansprüchen zählen außerdem Ansprüche aus der GoA (§§ 677 ff.). Zu unterscheiden sind die (echte) berechtigte und die (echte) unberechtigte GoA sowie die angemäßte Eigengeschäftsführung (unechte GoA). Aus jeder dieser Varianten der GoA ergibt sich ein **Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn**:

- **§§ 677, 681 S. 2, 667** (bei berechtigter GoA)
- **§§ 677, 681 S. 2, 667** (bei unberechtigter GoA)
- **§§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667** (bei angemäßter GoA)

# Die klausurrelevantesten Schadensersatzansprüche

vertragliche	sachenrechtliche	deliktische
vertragsähnliche	sachenrechtliche	
Allgemeine Regelungen	Gewährleistungsrecht, das auf die allgemeinen Regelungen verweist	Ansprüche aus BGB § 823 Abs. 1
Schadensersatz statt der Leistung	z.B. Schadensersatz gem. § 437 Nr. 3 i.V.m. ...	Schadensersatz des verklagten Besitzers § 989, 990
bei anfänglicher Unmöglichkeit	§ 311 a Abs. 2 statt der Leistung bei anfänglicher Unmöglichkeit der Nacherfüllung	Schadensersatz des bösgläubigen Besitzers § 990 Abs. 2, 280 Abs. 2, 286
bei nachträglicher Unmöglichkeit	§ 280 Abs. 1, 3, § 283 statt der Leistung bei nachträglicher Unmöglichkeit der Nacherfüllung	Schadensersatz bei vortraglicher Pflichtverletzung (c.i.c.) § 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 1
Wegen Nichtleistung	§ 280 Abs. 1, 3, § 281 Alt. 1 wegen Nichtleistung	Reisevertrag § 651 f Schadensersatzanspruch des Reisenden
Wegen Schlechtleistung	§ 280 Abs. 1, 3, § 282 wegen Verletzung der Pflichten aus § 241 Abs. 2	Mietvertrag § 536 a Schadensersatzanspruch des Mieters
Schadensersatz neben der Leistung ....	§ 280 Abs. 1 Schadensersatz neben der Leistung ....	§ 536 a Abs. 1 Alt. 1 wenn Mangel bereits bei Vertragsschluss vorhanden (Garantiehaftung) § 280 Abs. 1 wenn Mangel nach Vertragsschluss vorhanden
Wegen Pflichtverletzung	§ 280 Abs. 1 Wegen Pflichtverletzung	§ 536 a Abs. 1 Alt. 3 wenn Verzug mit Mangelsbeseitigung
bei Verzug mit der Leistung	§ 280 Abs. 1, 2, § 286 bei Verzug mit der Leistung	



# Alles in bester Ordnung

Alpmann Schmidt – die vollständige und kompetente Begleitung durch Jurastudium und Referendariat

## Die Grundlagen



Basiswissen



Fälle

## Das komplette Examenswissen



Skripten



Skripten 2. Examen

## Die Helfer für alle Fälle



Überblick



Überblick 2



Aufbauschemata



Definitionen



Karteikarten

## Mit Sicherheit ins Examen



Klausuren 1. Examen



Klausuren 2. Examen

## Ihre Examensfälle von morgen



Rechtsprechungs  
Übersicht



Das Plus für  
Referendare

ISBN: 978-3-86752-641-8



9 783867 526418



beck-shop.de

DIE FACHBUCHHANDLUNG

€ 6,00