



TUTORIUM ZIVILRECHT IN DER MITTELPHASE

WINTERSEMESTER 2017/18

FALL 13

„Schwierige Existenzgründung“

Erich Eifrig (E) möchte in der Amalienstraße ein weiteres Geschäft mit Kopiermöglichkeiten eröffnen, um von dem stetig wachsenden Bedarf der Studenten zu profitieren.

Nach entsprechenden Verhandlungen mit seiner Bank bekommt er im April ein Darlehen in Höhe von 50.000 € zugebilligt. Allerdings muss er zur Sicherheit laut Sicherungsvertrag „alle Geräte, die er sich zum Betriebs seines Geschäftes anschaffen wird“, an die Bank bereits im Voraus übereignen.

Nachdem ihm der die Darlehenssumme ausgezahlt worden ist, kauft Eifrig noch im April fünf moderne Hochleistungskopiergeräte bei dem Fachhändler Siegfried Schlau. Dieser vereinbart mit Eifrig, dass das Eigentum an den fünf Geräten bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung bei Schlau verbleibt, allerdings darf Eifrig die Geräte aufstellen und nutzen.

Das Geschäft entwickelt sich jedoch nicht so, wie Eifrig sich dies erhofft hatte. Daher veräußert Eifrig die Kopiergeräte seinerseits an Konrad Kurz, welcher diese für sein Unternehmen nutzen möchte. Im Zuge des Vertragsschlusses spiegelt Eifrig dem Kurz kurzerhand vor, dass er selbst Eigentümer der Kopiergeräte sei. Trotz einiger Zweifel hieran willigt Kurz ein, und stellt die Geräte im Juli in seinem eigenen Geschäft auf.

Nachdem Eifrig seit August weder die Darlehensraten an die Bank noch die beiden letzten von insgesamt zehn Raten an Schlau beglichen hat, verlangen sowohl die Bank als auch Schlau von Kurz die Herausgabe der Kopiergeräte.

Kurz erklärt sich zur sofortigen Bezahlung des Kaufpreises bereit.

Bearbeitervermerk:

Wer kann von Kurz die Herausgabe der Kopiermaschinen verlangen?

Literaturhinweise:

Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 57 (Sicherungsübereignung), § 59 (Eigentumsvorbehalt);

Neuner, Sachenrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 351 ff.;

Prütting, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, § 33 (Eigentumsvorbehalt), § 34 (Sicherungsübereignung)

TUTORIUM ZIVILRECHT IN DER MITTELPHASE

WINTERSEMESTER 2017/18

FALL 13

„Schwierige Existenzgründung“

1. Teil: Anspruch der Bank gegen Kurz auf Herausgabe der fünf Kopiergeräte	3
A. Aus Vertrag	3
B. Aus § 985 BGB	3
I. Ursprüngliche Eigentumslage	3
II. Verlust des Eigentums durch Übereignung von Schlau an Eifrig gem. § 929 S. 1 BGB	3
III. Verlust des Eigentums durch antizipierte Sicherungsübereignung von Eifrig an die Bank	3
C. Aus §§ 861, 869 BGB	5
D. Aus § 1007 Abs. 1 BGB oder § 1007 Abs. 2 BGB	5
E. Aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB	5
I. Etwas erlangt	5
II. In sonstiger Weise	5
F. Aus § 823 Abs. 1 BGB	5
2. Teil Ansprüche des Schlau gegen Kurz auf Herausgabe der fünf Kopierer	7
A. Aus Vertrag	7
B. Aus § 985 BGB	7
I. Eigentümer	7
1. Ursprüngliche Eigentumslage	7
2. Verlust des Eigentums durch Übereignung von Schlau an Eifrig (§ 929 S. 1 BGB) oder Eifrig an die Bank (§ 930 BGB)	7
3. Verlust des Eigentums durch Übereignung von Eifrig an Kurz gem. § 929 Satz 1 BGB	7
a) Dingliche Einigung nach § 929 Satz 1 BGB	7
b) Übergabe nach § 929 Satz 1 BGB	7
c) Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe	7
d) Verfügungsberechtigung des Veräußerers	7
4. Verlust des Eigentums durch Übereignung von Eifrig an Kurz gem. § 929 S. 1, 932 BGB	8
a) Rechtsgeschäftlicher Erwerb im Sinne eines Verkehrsgeschäftes	8
b) Objektiver Rechtsscheinstatbestand	8
c) Guter Glaube des Kurz nach § 932 Abs. 2 BGB	8
d) Guter Glaube nach § 366 Abs. 1 HGB	9
II. Besitz	9
III. Ohne Recht zum Besitz, § 986 BGB	9
1. Obligatorisches Recht zum Besitz	9
2. Dingliches Recht zum Besitz	9
a) Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an den fünf Kopierern	9
aa) Rechtsnatur und Übertragbarkeit	9
bb) Einigung zwischen Eifrig und Kurz gem. § 929 Satz 1 BGB analog	10
cc) Übergabe gem. § 929 Satz 1 BGB analog	10
dd) Verfügungsberechtigung des Eifrig	10
b) Anwartschaftsrecht als dingliches Recht zum Besitz	11
aa) Anwartschaftsrecht ist dingliches Recht	11
bb) Anwartschaftsrecht ist kein Vollrecht	11

IV. Einrede des § 242 BGB	11
C. Aus § 861 BGB	11
D. Aus § 1007 Abs. 1; 2 BGB	11
E. Aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB.....	12
F. Aus § 823 Abs. 1 BGB	12

Lösung zu Fall 8 „Schwierige Existenzgründung“

1. Teil: Anspruch der Bank gegen Kurz auf Herausgabe der fünf Kopiergeräte

A. Aus Vertrag

Zwischen der Bank und Kurz bestehen keine vertraglichen Beziehungen. Ein vertraglicher Herausgabeanspruch existiert daher nicht.

B. Aus § 985 BGB

Die Bank könnte gegen Kurz einen Anspruch auf Herausgabe aus § 985 BGB haben. Dazu müsste die Bank Eigentümerin und Kurz Besitzer ohne ein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) sein.

I. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich war Schlau Eigentümer der Geräte.

II. Verlust des Eigentums durch Übereignung von Schlau an Eifrig gem. § 929 S. 1 BGB

Schlau könnte die Geräte an Eifrig nach § 929 S. 1 BGB übereignet haben.

Voraussetzung dafür ist eine wirksame dingliche Einigung über den Eigentumsübergang, §§ 145, 147 BGB. Schlau hat sich das Eigentum indes vorbehalten, es liegt eine Übereignung unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises, d. h. ein Eigentumsvorbehalt vor, vgl. §§ 929 Satz 1, 158 Abs. 1, 449 Abs. 1 BGB.¹ Mangels Bedingungeintritt, hier Zahlung des Kaufpreises, ist die Einigung (noch) nicht wirksam.

III. Verlust des Eigentums durch antizipierte Sicherungsübereignung von Eifrig an die Bank

Möglicherweise hat Schlau sein Eigentum aber an die Bank aufgrund der zwischen dieser und Eifrig vereinbarten antizipierten Sicherungsübereignung verloren.

Bei der **Sicherungsübereignung** handelt es sich um eine Übereignung nach §§ 929 Satz 1, 930 BGB durch dingliche Einigung und Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses, kraft dessen der Gläubiger (hier die Bank) mittelbarer Besitzer wird und der Schuldner unmittelbarer Besitzer der Sache bleibt.² Sie dient der Sicherung einer Forderung, wobei die Verbindung zwischen der sichernden Forderung und dem dinglichen Geschäft durch einen von beiden zu trennenden (schuldrechtlichen) Sicherungsvertrag hergestellt wird.³

1. Wirksamer Sicherungsvertrag

Eifrig und die Bank müssten sich über einen entsprechenden Eigentumsübergang gem. §§ 929 Satz 1, 930 BGB wirksam dinglich geeinigt haben. Eifrig und die Bank haben ausdrücklich vereinbart, dass Eifrig die zu erwerbenden Geräte an die Bank übereignet. Eine **dingliche Einigung** liegt damit vor.

¹ Ausführlich zum Eigentumsvorbehalt: *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 (S. 824 ff.); *Palandt/Bassenge*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 929 Rn. 26 ff.; *Neuner*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 351 ff.; *Prütting*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, § 33 Rn. 388 ff.

² Ausführlich zur Sicherungsübereignung: *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 57 (S. 784 ff.); *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, § 21 Rn. 491; *Neuner*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 463 ff.; *Prütting*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, § 34 Rn. 409 ff.

³ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, § 21 Rn. 495; *Prütting*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, § 34 Rn. 410.

2. Hinreichende Bestimmbarkeit

Ein wirksamer dinglicher Vertrag setzt indes voraus, dass der Vertragsgegenstand hinreichend bestimmt ist (**Bestimmtheitsgrundsatz**).⁴ Zudem ist aus Gründen der Rechtsklarheit eine Übereignung nur an bestimmten einzelnen Sachen möglich (**Spezialitätsprinzip**).⁵ Bei der Sicherungsübereignung muss im Verfügungsgeschäft durch einfache äußere Merkmale die übereignete Sache so bestimmt bezeichnet sein, dass jeder Kenner des Vertrages sie zu dem Zeitpunkt, in dem das Eigentum übergehen soll, unschwer von anderen unterscheiden kann. Für den Bestimmtheitsgrundsatz genügt im Rahmen des § 930 BGB die eindeutige Bezeichnung als Sachgesamtheit (zB Warenlager, Sachmenge) oder bei einer Sachgesamtheit mit wechselndem Bestand die räumliche Zusammenfassung (zB bestimmte Räume eines Warenlagers).⁶

Laut der Absprache zwischen Eifrig und der Bank werden von der Sicherungsübereignung alle Geräte, die Eifrig zum Betrieb seines Kopierladens anschafft, erfasst. Die Abrede zwischen Eifrig und der Bank enthält keine äußeren Kriterien, anhand derer bestimmt werden kann, welche individuell bestimmbaren Sachen übereignet wurden. Die Sicherungsübereignung scheitert deshalb an der fehlenden Bestimmtheit der zu übereignenden Gegenstände.

3. Keine Übersicherung

Darüber hinaus könnte hier eine Übersicherung vorliegen⁷. Eine Übersicherung kann anfänglich, aber auch nachträglich vorliegen, wenn der Wert der Sicherheiten den Betrag der zu sichernden Forderung nicht nur vorübergehend so weit übersteigt, dass ein unausgewogenes Verhältnis unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen besteht⁸. Der grundsätzliche Unterschied zwischen anfänglicher und nachträglicher Übersicherung besteht in der Frage, ob bereits ab Vertragsschluss ein solches Missverhältnis besteht, oder ob dies erst nachträglich eintritt.

Da hier nur eine Übereignung aller in Zukunft erworbenen Gegenstände vereinbart wurde, beträgt der Wert der Sicherung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses 0. In Betracht kommt daher allenfalls eine nachträgliche Übersicherung. Eine nachträgliche Übersicherung wird im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung dann angenommen, wenn der zu erwartende Verwertungserlös der Sicherheiten 110% der zu sichernden Forderung ausmachen – sogenannte Deckungsgrenze⁹. Eine nachträgliche Übersicherung hat aber nicht automatisch eine Nichtigkeit nach § 138 BGB zur Folge¹⁰. Der BGH schließt aus der Rechtsnatur des Sicherungsvertrags, §§ 157, 241 II BGB, dass im Fall einer Übersicherung zunächst ein gesetzlicher Anspruch auf Freigabe der Sicherheiten besteht; einer vertraglichen Vereinbarung hierzu bedarf es nicht¹¹. Mangels Angaben zur Höhe der bis zum jetzigen Zeitpunkt seit Vertragsschluss getätigten kann aber nicht von einer nachträglichen Übersicherung ausgegangen werden.

4. Ergebnis:

Die Bank ist nicht Eigentümerin geworden und hat deshalb keinen Herausgabeanspruch gegen Kurz aus § 985 BGB.

⁴ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 31 (S. 651); Neuner, Sachenrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 2; Prütting, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, § 34 Rn. 419, § 4 Rn. 27.

⁵ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 4 III Rn. 17 (S. 39 f.); Neuner, Sachenrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 2; Prütting, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, § 4 Rn. 24.

⁶ Palandt/Bassenge, § 930 Rn 2 ff.

⁷ Eine weitere, hier aber nicht einschlägige Fallgruppe ist die der sog. Knebelung, Baur/Stürmer, § 57, Rn. 17

⁸ Baur/Stürmer, § 57, Rn. 18

⁹ BGH NJW 1997, 1570 fasst auch knapp die hierzu vertretenen abweichenden Literaturmeinungen zusammen. Die 110% resultieren aus einem Rückgriff auf § 171 InsO, in dem der Gesetzgeber von Feststellungskosten von etwa 4% und Verwertungskosten von etwa 5% ausgeht.

¹⁰ Ganz im Gegensatz hierzu die anfängliche Übersicherung; dort geht die h.M. von einer Nichtigkeit aus.

¹¹ Baur/Stürmer, § 57 Rn. 25f.

C. Aus §§ 861, 869 BGB

Ein Anspruch aus §§ 861, 869 BGB setzt voraus, dass Kurz den Besitz an den Kopierern durch verbotene Eigenmacht erlangt hat.

Verbotene Eigenmacht erfordert eine widerrechtliche Beeinträchtigung des unmittelbaren Besitzes an beweglichen oder unbeweglichen Sachen, § 858 Abs. 1 BGB.¹² Eifrig hat als unmittelbarer Besitzer der Sachen die Kopierer freiwillig an Kurz übergeben. Kurz hat die Kopiergeräte daher nicht widerrechtlich, d. h. nicht mit verbotener Eigenmacht an sich genommen.

Der Herausgabeanspruch der Bank gegenüber Kurz nach §§ 861, 869 BGB besteht mithin nicht.

D. Aus § 1007 Abs. 1 BGB oder § 1007 Abs. 2 BGB

Die Bank könnte gegen Kurz einen Anspruch auf Herausgabe aus § 1007 Abs. 1 BGB oder § 1007 Abs. 2 BGB haben.

Dazu müsste die Bank zunächst Besitzerin der Kopierer gewesen sein. Denkbar ist, dass trotz der gescheiterten Sicherungsübereignung die Bank aufgrund des im Rahmen der Sicherungsabrede vereinbarten Besitzmittlungsverhältnisses (§ 868 BGB) mittelbare Besitzerin der Kopierer war. Allerdings war Kurz zumindest bei der Besitzerlangung nicht bösgläubig (§ 1007 Abs. 1 BGB) und die Kopierer sind dem unmittelbaren Besitzer Eifrig auch nicht abhandengekommen (vgl. § 935 Abs. 1 Satz 2, 1007 Abs. 2 BGB).

Die Ansprüche bestehen mithin nicht.

E. Aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB

Der Anspruch der Bank gegen Kurz aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB setzt voraus, dass Kurz etwas auf Kosten der Bank in sonstiger Weise ohne Rechtsgrund erlangt hat.

I. Etwas erlangt

Kurz müsste etwas, d. h. einen vermögenswerten Vorteil¹³ erlangt haben. Kurz hat den unmittelbaren Besitz an den Kopierern und damit einen Vorteil erlangt.

II. In sonstiger Weise

Dies musste in sonstiger Weise, d. h. nicht durch Leistung erfolgt sein. Eifrig hatte die Kopierer Kurz zur Erfüllung des Kaufvertrags, d. h. bewusst und zweckgerichtet, also durch Leistung übergeben.

Ergebnis: Die Bank hat keinen Anspruch gegen Kurz aus § 812 Abs. 1 Satz Fall 2 BGB.

F. Aus § 823 Abs. 1 BGB

§ 823 Abs. 1 BGB setzt die Verletzung von Eigentum, zumindest aber die Verletzung eines sonstigen Rechts voraus. Die Bank hatte mangels wirksamer Übereignung (s. o.) kein Eigentum an den Kopierern, eine Verletzung des Eigentums liegt damit nicht vor.

Auch eine Rechtsgutsverletzung wegen Besitzentzug oder -störung ist nicht gegeben: Als sonstige Rechte im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sind nur solche Rechte anzusehen, denen eine Ausschlussfunktion zukommt. Dem Besitzer stehen grds. nicht die gleichen (absoluten) Rechte zu wie einem Eigentümer (vgl. § 985 BGB). Gleichwohl stellt die Rechtsprechung den (mittelbaren und unmittelbaren) Besitz einem absoluten Recht gleich, soweit er durch ein Recht zum Besitz eine Verstärkung erfährt.¹⁴ Die Gegenauffassung wendet § 823 Abs. 1 BGB auch insoweit an, als Rechtsnormen dem nichtberechtigten Besitzer die Nutzungen zuweisen (vgl. §§ 987 ff. BGB, 721,

¹² Palandt/Bassenge, § 858 Rn. 1.

¹³ Palandt/Sprau, § 812 Rn. 4.

¹⁴ BGHZ 79, 232, 237 ff. = NJW 1981, 865, 866; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 9 Rn. 31 (S. 100); Röthel/Sparmann JURA 2005, 456, 460.

765a ZPO).¹⁵ Vorliegend ist die Sicherungsabrede als Besitzmittlungsverhältnis iSv § 930 BGB indes mangels Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes unwirksam. Die Bank hatte keinen mittelbaren Besitz, der durch Kurz entzogen oder gestört werden kann.

Ein Anspruch der Bank gegen Kurz aus § 823 Abs. 1 BGB besteht folglich nicht.

Gesamtergebnis: Die Bank hat keinen Herausgabeanspruch gegen Kurz.

¹⁵ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 9 V Rn. 34 (S. 101) mwN.

2. Teil Ansprüche des Schlau gegen Kurz auf Herausgabe der fünf Kopierer

A. Aus Vertrag

Schlau und Kurz haben keinerlei vertragliche Beziehungen.

B. Aus § 985 BGB

Möglicherweise hat Schlau gegen Kurz einen Anspruch auf Herausgabe der fünf Kopierer aus § 985 BGB. Dies setzt voraus, dass Schlau Eigentümer und Kurz unberechtigter Besitzer ist.

I. Eigentümer

1. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich war Schlau Eigentümer der Kopierer.

2. Verlust des Eigentums durch Übereignung von Schlau an Eifrig (§ 929 S. 1 BGB) oder Eifrig an die Bank (§ 930 BGB)

Schlau hat, wie oben gezeigt, sein Eigentum weder durch Bedingungseintritt gem. § 929 Satz 1 BGB an Eifrig noch durch die Sicherungsübereignung durch Eifrig an die Bank gem. §§ 929 Satz 1, 930 BGB verloren.

3. Verlust des Eigentums durch Übereignung von Eifrig an Kurz gem. § 929 Satz 1 BGB

Möglicherweise hat Schlau aber aufgrund der Übereignung zwischen Eifrig und Kurz sein Eigentum verloren, § 929 S. 1 BGB.

a) Dingliche Einigung nach § 929 Satz 1 BGB

Eifrig und Kurz haben sich ausdrücklich über den Eigentumswechsel an den fünf Kopiergeräten geeinigt; eine dingliche Einigung iSv § 929 S. 1 BGB liegt damit vor.

b) Übergabe nach § 929 Satz 1 BGB

§ 929 S. 1 BGB setzt weiter eine Übergabe voraus.

Übergabe bedeutet den vollständigen Verlust des Besitzes des Veräußerers unter gleichzeitigem Besitzerwerb seitens des Erwerbers auf Veranlassung des Veräußerers.¹⁶ Hierfür muss der Veräußerer mit natürlichem Besitzaufgabewillen und mit dem Ziel der Eigentumsübertragung handeln.

Kurz hat die fünf Kopierer in seinem Geschäft aufgestellt und wurde dadurch unmittelbarer Besitzer derselben. Eifrig hat dabei jede Form von Besitz verloren. Dies geschah auch auf seine Veranlassung, nämlich mit dem Willen der Eigentumsübertragung.

Eine Übergabe liegt damit vor.

c) Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe

Der Wille nach § 929 Satz 1 BGB Eigentum zu übertragen lag auch noch vor, als Kurz die Geräte aus dem Geschäft des Eifrig entfernt hat.

d) Verfügungsberechtigung des Veräußerers

Eifrig müsste Rechtsinhaber oder kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts (§ 185 BGB) zur Verfügung über die fünf Kopierer befugt sein.

¹⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 C II Rn. 13 ff. (S. 641 f.); Palandt/Bassenge, § 929 Rn. 11 ff.; Weber JuS 1998, 577, 578.

Wie gezeigt, war nicht Eifrig sondern nach wie vor Schlau Eigentümer der fünf Kopierer, da mangels Bedingungseintritts in Form der Kaufpreiszahlung der Eigentumswechsel von Schlau auf Eifrig noch nicht eingetreten ist. Eifrig war daher nicht Rechtsinhaber.

Schlau könnte in die Verfügung über die Kopierer nach § 185 Abs. 1 BGB eingewilligt haben. Eine ausdrückliche Einwilligung liegt nicht vor. Denkbar wäre, dass die Vereinbarung des Kaufes unter Eigentumsvorbehalt (§§ 433, 449 BGB) auch eine Einwilligung zur Verfügung über die Kopierer enthält. Dies ist aber abzulehnen, weil dies dem Zweck des Eigentumsvorbehalts, der Sicherung der Interessen des Vorbehaltskäufers, widersprechen würde.

Schlau hat auch nicht nachträglich die Verfügung über die fünf Kopierer gem. § 185 Abs. 2 BGB genehmigt, wie aus seinem Herausgabeverlangen hervorgeht.

Damit handelte Eifrig als Nichtberechtigter.

4. Verlust des Eigentums durch Übereignung von Eifrig an Kurz gem. § 929 S. 1, 932 BGB

In Betracht kommt ein gutgläubiger Erwerb der fünf Kopierer durch Kurz gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1, 935 BGB.

a) Rechtsgeschäftlicher Erwerb im Sinne eines Verkehrsgeschäftes

Der gutgläubige Erwerb von Eigentum setzt ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts voraus. Eifrig und Kurz sind weder wirtschaftlich noch rechtlich identisch. Auch handelt es sich bei dem Kaufvertrag um ein Rechtsgeschäft. Ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts liegt damit vor.

b) Objektiver Rechtsscheintatbestand

Bei einem gutgläubigen Erwerb gem. § 932 Abs. 1 BGB ist der objektive Rechtsscheintatbestand grundsätzlich der Besitz (sog. rechtfertigende Besitzlage).¹⁷ Eifrig war unmittelbarer Besitzer der Kopierer, so dass der objektive Rechtsscheintatbestand vorliegt.

c) Guter Glaube des Kurz nach § 932 Abs. 2 BGB

Der gute Glaube wird gem. § 932 Abs. 1, 2. Halbsatz BGB grundsätzlich vermutet. Gegenstand des guten Glaubens ist nur das **Eigentum** des Veräußerers an der übereigneten Sache (Ausnahme: § 366 HGB). Der gute Glaube muss grundsätzlich im Zeitpunkt des letzten Erwerbsaktes (meist ist dies der Zeitpunkt der Übergabe, bzw. des Übergabesurrogats) vorliegen.¹⁸ Schädlich sind positive Kenntnis und auch grob fahrlässige Unkenntnis vom fehlenden Eigentum des Veräußerers, § 932 Abs. 2 BGB.¹⁹

Kurz hatte keine positive Kenntnis, dass Eifrig nicht Eigentümer der fünf Kopierer war. Problematisch ist allerdings, dass er zumindest an der Darstellung des Eifrig, er sei Eigentümer der Kopierer zweifelte und deshalb grob fahrlässig in Ansehung des Eigentums des Eifrig war. Grob fahrlässig handelt der Erwerber, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und dasjenige unbeachtet gelassen hat, was sich im gegebenen Fall jedem aufgedrängt hätte. Es muss ihm also bei nur durchschnittlichem Merk- und Erkenntnisvermögen ohne besondere Aufmerksamkeit und besonders gründliche Überlegung auf Grund der Geschäftsumstände und der Person des Verkäufers erkennbar gewesen sein, dass der Verkäufer Nichteigentümer war.²⁰ Eine grundsätzliche Nachforschungspflicht besteht nicht, allerdings können die Umstände des Einzelfalles (Verkauf zu Schleuderpreisen) oder die verkehrsübliche Möglichkeit von Dritteigentum zu einer Nachforschungspflicht führen. Konkrete Verdachtsmomente am fehlenden Eigentum des Eifrig hätten sich Kurz aufgrund der Verkehrsüblichkeit eines Eigentumsvorbehalts ergeben können. Kurz hat fünf

¹⁷ Ausführlich: Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 53 Rn. 3.

¹⁸ Wird aufschiebend bedingt übereignet (etwa beim Eigentumsvorbehalt), so genügt es wenn der gute Glaube bei der Einigung vorlag; er muss nicht bis zum Eintritt der Bedingung (vollständige Zahlung des Kaufpreises) vorliegen.

¹⁹ Im Gegensatz zu § 892 BGB, bei dem nur positive Kenntnis schadet.

²⁰ BGH NJW 1994, 2022; 2093; WM 78, 1208.

Hochleistungskopierer vom Endabnehmer erworben. Dabei handelt es sich um ein hochwertige Investitionsgüter, die üblicherweise nur geleast oder zumindest unter Eigentumsvorbehalt gekauft oder zur Sicherung eines Investitionskredites übereignet werden. Daher bestand aufgrund der Verkehrsüblichkeit des Dritteigentums eine Nachforschungspflicht für Kurz. Zumindest hätte Kurz seinen konkreten Zweifeln am Eigentum des Eifrig nachgehen müssen und sich entsprechende Belege für das Eigentum des Eifrig an den Kopieren vorlegen lassen. Kurz handelte daher grob fahrlässig nach § 932 Abs. 2 BGB, weil er aufgrund der Verkehrsüblichkeit der Rechte Dritter an derart hochwertigen Investitionsgütern, sich von dem Eigentum des Eifrig über diese hätte versichern müssen. Guter Glaube an das Eigentum des Eifrig liegt damit nicht vor.

d) Guter Glaube nach § 366 Abs. 1 HGB

§ 366 Abs. 1 HGB erweitert das Substrat des guten Glaubens: Veräußert ein Kaufmann eine ihm nicht gehörende Sache im Betrieb seines Handelsgewerbes, so ist ein gutgläubiger Erwerb möglich, wenn der Erwerber gutgläubig nach § 932 Abs. 2 BGB hinsichtlich der Veräußerungsbefugnis ist. Eifrig ist Kaufmann nach § 1 Abs. 1 HGB. Allerdings gehört der Verkauf von Kopiergeräten nicht zum Betrieb seines Handelsgewerbes, da er zwar ein Kopiergeschäft betreibt, nicht aber Händler für Kopiergeräte ist. § 366 HGB ist damit nicht anwendbar. Überdies hätte er sich über die Verfügungsbefugnis des Eifrig versichern müssen.

Kurz war nicht gutgläubig gem. § 932 Abs. 2 BGB oder § 366 Abs. 1 HGB, daher hat er auch nicht gem. § 932 Abs. 1 BGB gutgläubig vom Nichtberechtigten Eigentum erworben. Schlau ist nach wie vor Eigentümer der Kopierer.

II. Besitz

Kurz hat die tatsächliche Sachherrschaft über die Kopierer inne, ist also unmittelbarer Besitzer der Kopierer.

III. Ohne Recht zum Besitz, § 986 BGB

Fraglich ist, ob Kurz gegenüber Schlau ein Recht zum Besitz an den Kopierern hat.

1. Obligatorisches Recht zum Besitz

Ein eigenes obligatorisches Recht zum Besitz (§ 986 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB) gegenüber Schlau scheidet aus, weil dies nur im Verhältnis zwischen Kurz und Eifrig besteht.

Auch ein abgeleitetes obligatorisches Besitzrecht (§ 986 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB) aus dem Kaufvertrag zwischen Schlau und Eifrig besteht nicht, weil Eifrig nicht zur Weitergabe der Kopierer befugt war.

2. Dingliches Recht zum Besitz

Denkbar ist, dass Kurz gegenüber Schlau ein eigenes dingliches Recht zum Besitz hat. In Betracht käme ein Recht zum Besitz aufgrund eines **Anwartschaftsrechts** an den fünf Kopierern. Kurz müsste daher ein entsprechendes Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums erworben haben und dieses müsste ihm gegenüber Schlau ein Recht zum Besitz gewähren.

a) Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an den fünf Kopierern

aa) Rechtsnatur und Übertragbarkeit

Das Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums ist im Verhältnis zum Eigentum ein wesensgleiches Minus und damit ein dingliches Recht.²¹

Grundsätzlich müssen für ein Anwartschaftsrecht bei einem mehraktigen Erwerbstatbestand schon so viele Erfordernisse erfüllt sein, dass der Berechtigte eine gesicherte Rechtsposition

²¹ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 3 Rn. 44 ff. (S. 30); Neuner, Sachenrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 351; Prütting, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, § 33 Rn. 392.

erlangt hat, die der Veräußerer nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstören kann. Beim Eigentumsvorbehalt folgt die gesicherte Rechtsposition des Vorbehaltskäufers aus dem Schutz vor Zwischenverfügungen nach § 161 BGB. Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers ist grundsätzlich unabhängig von einer Einwilligung oder gar Mitwirkung des Vorbehaltsverkäufers frei übertragbar. Der Erwerb des Anwartschaftsrechts am Eigentum erfolgt in analoger Anwendung der Regeln für den Erwerb des Vollrechts, also des Eigentums, d. h. nach den §§ 929 ff. BGB analog (nicht nach § 413 BGB).²²

bb) Einigung zwischen Eifrig und Kurz gem. § 929 Satz 1 BGB analog

Eifrig und Kurz müssten sich über die Übertragung des Anwartschaftsrechts auf Erwerb des Eigentums an den fünf Kopierern geeinigt haben, gem. § 929 Satz 1 BGB analog. Eifrig und Kurz wollten allerdings das Vollrecht, also das Eigentum an den Kopierern übertragen. Dies ist jedoch aufgrund der fehlenden Gutgläubigkeit des Kurz nach § 932 Abs. 2 BGB gescheitert.

Scheitert eine Sicherungsübereignung vom Nichtberechtigten nach §§ 930, 933 BGB an der fehlenden Übergabe des Sicherungsgutes gem. § 929 Satz 1 BGB, so ist regelmäßig zumindest von der Übertragung des Anwartschaftsrechts auszugehen. Fraglich ist, ob dies auch hier von Kurz und Eifrig gewollt ist.

Dagegen könnte sprechen, dass beide ausdrücklich das Eigentum und nicht ein Anwartschaftsrecht an den Kopierern übertragen wollten. Auch bedurfte Kurz im Gegensatz etwa zu einer Bank keiner Absicherung etwa eines ausbezahlten Darlehens.

Dafür könnte sprechen, dass Kurz wenn schon nicht das Eigentum, dann doch als wesensgleiches Minus das Anwartschaftsrecht erwerben will: Je nachdem wie viel von dem ursprünglichen Kaufpreis bereits bezahlt wurde, ist dies für ihn auch wirtschaftlich interessant: Mit dem Erwerb des Anwartschaftsrechts rückt Kurz in die dingliche Rechtsstellung des Eifrig im Verhältnis zu Schlau ein. Mit Bedingungseintritt (vollständiger Bezahlung des Kaufpreises) im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer erlangt der Erwerber das Volleigentum unmittelbar vom Verkäufer.²³ Trotz seiner Zweifel am Eigentum des Eifrig an den Kopieren hat Kurz diese trotzdem mitgenommen; daher hat er den Erwerb nur des Anwartschaftsrechts zumindest in Kauf genommen.

Rechtstechnisch kann daher die Einigung zwischen Eifrig und Kurz auf Übertragung des Eigentums nach § 929 Satz 1 BGB als Einigung auf Übertragung des Anwartschaftsrechts ausgelegt (§§ 133, 157 Abs. 1 BGB) oder umgedeutet (§ 140 BGB) werden.

cc) Übergabe gem. § 929 Satz 1 BGB analog

Der Veräußerer muss seinen Besitz vollständig verlieren, der Erwerber muss den Besitz erwerben und für beides muss der Veräußerer mit natürlichem Besitzaufgabewillen und mit dem Ziel der Übertragung des Anwartschaftsrechts handeln. Dies ist hier erfolgt. Kurz wurde unmittelbarer Besitzer der Kopierer.

dd) Verfügungsberechtigung des Eifrig

Eifrig war zur Verfügung über das Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an den fünf Kopierern berechtigt, wenn er in der Verfügungsmacht nicht beschränkter Rechtsinhaber oder kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäft (§ 185 BGB) zur Verfügung befugt war.

Denkbar ist, dass Eifrig Inhaber des Anwartschaftsrechts war. Schlau und Eifrig haben sich geeinigt, dass die Übereignung der fünf Kopierer aufschiebend bedingt bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises erfolgen soll.

²² *Neuner*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 352, 353; *Prütting*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, § 33 Rn. 393. Strittig ist, ob ein **gutgläubiger Zweiterwerb** des Anwartschaftsrechts möglich ist (Bsp.: Der Nichtberechtigte gibt sich als Inhaber des Anwartschaftsrechts aus und überträgt dieses), vgl. *Neuner*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 423-438. Nach wohl **hM** ist der gutgläubige Zweiterwerb des tatsächlich (nur nicht in der Person des Verfügenden) bestehenden Anwartschaftsrechts analog §§ 932 ff. BGB möglich, vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 38 ff.; *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 17 III 1c (S. 247 ff.). **aA** *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, § 20 Rn. 475.

²³ BGH NJW 1984, 1184; Palandt/Bassenge, BGB, 74. Aufl. 2015, § 929 Rn. 49.

Der Verkäufer kann zwar die Verfügung über die Sache ebenso wie die Verfügung über das Anwartschaftsrecht verbieten, dies muss aber ausdrücklich vereinbart werden und wirkt lediglich nach § 137 BGB.

Zwischen Schlau und Eifrig ist bereits kein Verfügungsverbot vereinbart, im Übrigen würde dies gem. § 137 Satz 1 BGB keine Außenwirkung entfalten. Die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers kann nicht ausgeschlossen werden.²⁴

Nach § 929 Satz 1 BGB analog hat Kurz von Eifrig das Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an den Kopierern erworben.

b) Anwartschaftsrecht als dingliches Recht zum Besitz

Fraglich ist, ob dieses Anwartschaftsrecht dem Kurz gegenüber dem Herausgabeverlangen des Schlau ein dingliches Recht zum Besitz nach § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB gewährt.²⁵

aa) Anwartschaftsrecht ist dingliches Recht

Nach der **Dinglichkeitstheorie** gewährt das Anwartschaftsrecht dem Berechtigten ein dingliches Recht zum Besitz, das § 985 BGB ausschließt, auch wenn so wie hier zwischen dem Eigentümer und dem Anwartschaftsberechtigten keine schuldrechtlichen Beziehungen bestehen. Denn die Verkehrsfähigkeit des Anwartschaftsrechts würde sonst entwertet und im Übrigen gestehe das BGB den Inhabern beschränkter dinglicher Rechte die Rechte eines Eigentümers zu, vgl. §§ 1065, 1227 BGB.

bb) Anwartschaftsrecht ist kein Vollrecht

Die **schuldrechtliche Theorie** lehnt ein aus dem Anwartschaftsrecht fließendes dingliches Recht zum Besitz ab: Zwar sei das Anwartschaftsrecht ein wesensgleiches Minus zum Eigentum, aber noch nicht das Vollrecht selbst und gewähre daher gegenüber dem Eigentümer noch keinerlei Herrschaftsbefugnisse.²⁶ Ferner sei der der Anwartschaftsberechtigte auch nicht schutzbedürftig: Denn er könne durch Zahlung des Restkaufpreises das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht erstarken lassen (§ 267 BGB), womit der Anspruch des Eigentümers aus § 985 BGB entfiele.

IV. Einrede des § 242 BGB

Möglicherweise kann Kurz gegen das Herausgabeverlangen die Arglisteinrede gem. § 242 BGB geltend machen („*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*“).²⁷ Danach steht dem Anspruch des Eigentümers aus § 985 BGB die Arglisteinrede des § 242 BGB entgegen, wenn der Bedingungseintritt unmittelbar bevorsteht, weil mit Zahlung der letzten Kaufpreiskasse müsste Schlau die fünf Kopierer sofort an Kurz herausgeben. Kurz macht geltend, die letzten beiden Raten zahlen zu wollen, so dass das Herausgabeverlangen nach § 242 BGB ausgeschlossen ist.

Ergebnis: Schlau hat keinen Anspruch gegen Kurz auf Herausgabe der Kopierer, weil dieser nach der dinglichen Theorie entweder ein Recht zum Besitz hat, oder er die Arglisteinrede gem. § 242 BGB erheben kann.

C. Aus § 861 BGB

Der Anspruch besteht nicht, da keine verbotene Eigenmacht verübt wurde (siehe oben).

D. Aus § 1007 Abs. 1; 2 BGB

Die Ansprüche bestehen nicht, weil Kurz zumindest bei Besitzerwerb gutgläubig war (§ 1007 Abs. 1 BGB) und die Kopierer nicht abhanden gekommen sind (§ 1007 Abs. 2 BGB)

²⁴ Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl. 2015, § 137 Rn. 2.

²⁵ Zu dieser Frage und den jeweiligen Argumenten siehe ausführlich: Gursky, 20 Probleme aus dem Sachenrecht- EBV, Fall 3, S. 33 bis 37; Neuner, Sachenrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 418.

²⁶ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, § 20 Rn. 456.

²⁷ Arglistig handelt, wer fordert, was er alsbald zurückgeben muss. Vgl. Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, § 20 Rn. 465; Neuner, Sachenrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 413.

E. Aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB

Auch dieser Anspruch besteht nicht, weil Kurz den Besitz an den Kopierern durch eine vorrangige Leistung des Eifrig erlangt hat (siehe oben).

F. Aus § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch des Schlau gegen Kurz auf Herausgabe der fünf Kopierer aus § 823 Abs. 1 BGB besteht nicht bzw. ist nicht durchsetzbar. Man mag zwar in der Vorenthaltung des Besitzes noch ein rechtswidriges Verhalten sehen; fraglich ist indes schon das Verschulden des K. Jedenfalls steht K die Einrede aus § 242 BGB zu.

Gesamtergebnis: Schlau hat keinen Herausgabeanspruch gegen Kurz.