

**TUTORIUM ZIVILRECHT IN DER MITTELPHASE AN DER LMU**

WINTERSEMESTER 2017/2018

**PROBEKLAUSUR 3 = FALL 11****„Insolvenz eines Bauunternehmers“****Grundfall**

Bauunternehmer B ist neu im Geschäft. Für den Bau eines Bürogebäudes erwirbt er bei Baumaschinenhändler H einen Mobilkran und nimmt ihn in unmittelbaren Besitz. B und H vereinbaren, dass H bis zur Zahlung des Kaufpreises Eigentümer der Maschine bleibt.

Für den Einbau von Glasfenstern und Glastürentüren beauftragt B den Fensterbauer F als Subunternehmer. Zur Sicherung dessen Werklohnansprüche übereignet B dem F den Mobilkran. B und F vereinbaren, dass B die Maschine weiterhin nutzen darf, aber herausgeben muss, wenn B den Werklohn nicht zahlt. Im schriftlichen Vertrag heißt es außerdem: „F ist berechtigt, den Mobilkran in unmittelbaren Besitz zu nehmen, wenn B seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommt.“

Als B noch vor Fertigstellung des Baus die Arbeiten einstellt, mehren sich die Gerüchte einer Insolvenz des B.

F, der um seinen Werklohn fürchtet, schickt daher noch vor Abnahme seines Werkes seinen Gesellen G auf die Baustelle, um den Mobilkran abzuholen, und verkauft ihn umgehend an den Bauunternehmer X.

Da X nicht auffindbar ist, verlangt H von F die Auszahlung des Verkaufserlöses in Höhe von 200.000 €.

**Zu Recht?****Abwandlung**

H veräußert den Mobilkran an B unter Eigentumsvorbehalt. Allerdings gerät H wegen der Exporteinbrüche infolge der Finanzkrise in einen Liquiditätsengpass. Er verkauft und übereignet den Mobilkran an den Bauunternehmer Y, wobei er ihm seinen Herausgabeanspruch gegen B abtritt. Y weiß nicht, dass der Mobilkran dem B unter Eigentumsvorbehalt überlassen worden ist.

Nachdem B die Kaufpreiszahlung des H beglichen hat, meldet sich überraschend der Y bei B und verlangt von ihm den Mobilkran heraus.

**Zu Recht?**

**Ansprüche aus §§ 823 Abs. 1, 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt., 1007 Abs. 1, 1007 Abs. 2 BGB sind nicht zu prüfen.**

**120 Minuten Bearbeitungszeit. Viel Erfolg!**

## Lösungsskizze zu Fall 11 „Insolvenz eines Bauunternehmers“

A.	Aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB .....	3
I.	Vindikationslage im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses .....	3
1.	H als Eigentümer .....	3
a)	Ursprünglicher Eigentümer .....	3
b)	Verlust des Eigentums des H durch Übereignung an B gem. § 929 S. 1 BGB.....	3
c)	Verlust des Eigentums des H durch Übereignung von B an F durch Besitzkonstitut, §§ 929 S. 1, 930 BGB .....	3
aa)	Einigung .....	3
bb)	Übergabesurrogat, § 930 BGB .....	3
cc)	Einigsein im Zeitpunkt der Vereinbarung des Besitzkonstituts .....	4
dd)	Verfügungsberechtigung .....	4
d)	Keine Übereignung von B an F durch gutgläubigen Erwerb, § 929 S. 1, 930, 933 BGB .....	4
aa)	„Übergabe“ durch den Veräußerer .....	4
bb)	Hilfsweise: Guter Glaube bei Besitzerwerb .....	5
e)	Zwischenergebnis .....	5
2.	F als Besitzer .....	5
3.	Kein Recht zum Besitz, § 986 Abs. 1 BGB .....	5
a)	Obligatorisches Besitzrecht.....	5
b)	Dingliches Besitzrecht aus Anwartschaftsrecht .....	6
aa)	Rechtsnatur und Übertragbarkeit.....	6
bb)	Übertragung des Anwartschaftsrecht an F gem. § 929 Satz 1 BGB analog .....	6
(1)	Einigung zwischen F und B gem. § 929 Satz 1 BGB analog .....	6
(2)	Übergabe gem. § 929 Satz 1 BGB analog .....	7
(3)	Verfügungsberechtigung des B .....	7
(4)	Zwischenergebnis .....	7
cc)	Anwartschaftsrecht als dingliches Recht zum Besitz .....	7
c)	Zwischenergebnis .....	8
II.	Bösgläubigkeit des F.....	8
III.	Verschlechterung, Untergang oder Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache .....	9
IV.	Rechtsfolge: Schadensersatz .....	9
1.	Schaden.....	9
2.	Schadensumfang .....	9
V.	Ergebnis .....	9
B.	Aus §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB .....	9
I.	Anwendbarkeit neben EBV.....	9
II.	Führen eines fremden Geschäfts .....	9
III.	Positive Kenntnis von der Nichtberechtigung .....	9
IV.	Ergebnis .....	9
C.	Aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB.....	10
I.	Anwendbarkeit neben dem EBV .....	10
II.	Verfügung des F als Nichtberechtigter.....	10
III.	Wirksamkeit der Verfügung gegenüber H.....	10
IV.	Ergebnis .....	10
Abwandlung:	Anspruch Y gegen B auf Herausgabe des Mobilkrans? .....	10
A.	Aus § 985 BGB .....	10
I.	Y als Eigentümer .....	10
1.	Ursprüngliche Eigentumslage .....	10
2.	Kein Verlust des Eigentums des H durch Übereignung an B gem. § 929 S. 1, s. o. ....	10

---

3. Eigentumsverlust des H durch Übereignung von H an Y durch Vindikationszession, §§ 929 S. 1, 931 BGB .....	10
a) Einigung zwischen H und Y .....	11
b) Übergabe oder Übergabesurrogat, § 931 BGB .....	11
c) Einigung bei Übergabesurrogat .....	11
d) Verfügungsberechtigung des H .....	11
e) Zwischenergebnis .....	11
4. Gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Eigentums §§ 161 Abs. 3 iVm §§ 929 S. 1, 931, 934 BGB .....	11
a) (Entsprechende) Anwendbarkeit des § 934 BGB .....	11
b) Keine Einschränkung nach § 936 BGB .....	12
c) Zwischenergebnis .....	13
II. Ergebnis .....	13
B. Weitere Ansprüche .....	13

## **Lösung zu Fall 11 „Insolvenz eines Bauunternehmers“**

### **Anspruch H gegen F auf Zahlung des Verkaufserlöses iHv 200.000 €**

#### **A. Aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB**

H könnte gegen F einen Anspruch auf Zahlung von 200.000 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB haben.

#### **I. Vindikationslage im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses**

Voraussetzung ist zunächst eine Vindikationslage zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses, hier der Überlassung des Mobilkrans an X.

##### **1. H als Eigentümer**

H müsste Eigentümer des Mobilkrans gewesen sein.

##### **a) Ursprünglicher Eigentümer**

Ursprünglicher Eigentümer des Mobilkrans war H.

##### **b) Verlust des Eigentums des H durch Übereignung an B gem. § 929 S. 1 BGB**

H könnte sein Eigentum an dem Mobilkran durch Übereignung nach § 929 S. 1 BGB an B verloren haben. H und B haben vereinbart, dass B erst dann Eigentümer des Mobilkrans wird, wenn er den Kaufpreis vollständig gezahlt hat (Eigentumsvorbehalt<sup>1</sup>). Die dingliche Einigung stand also unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung, § 158 Abs. 1 BGB. B hat den Kaufpreis noch nicht bezahlt; mangels Bedingungseintritt hat H sein Eigentum noch nicht verloren.

##### **c) Verlust des Eigentums des H durch Übereignung von B an F durch Besitzkonstitut, §§ 929 S. 1, 930 BGB**

H könnte sein Eigentum am Mobilkran verloren haben, wenn B den Mobilkran wirksam an F übereignet hat, §§ 929 S. 1, 930 BGB.

##### **aa) Einigung**

B und F haben sich darüber geeinigt, dass F so lange Eigentümer des Mobilkrans sein soll, bis B die Werklohnforderung des F begleicht. Damit stand die Einigung unter einer auflösenden Bedingung, § 158 Abs. 2 BGB (Sicherungsübereignung<sup>2</sup>). Diese Bedingung ist noch nicht eingetreten.

##### **bb) Übergabesurrogat, § 930 BGB**

Eine Übergabe fand nicht statt. B und F könnten jedoch ein Besitzkonstitut gem. § 930 BGB vereinbart haben, also ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen F mittelbarer Besitzer des Mobilkrans ist.

Der mittelbare Besitz ist in § 868 BGB legal definiert und setzt voraus, dass eine Person (Besitzmittler) unmittelbaren Besitz ausübt, dabei einer anderen Person (mittelbarer Besitzer) gegenüber aufgrund eines bestimmten Rechtsverhältnisses zeitweise zum Besitz berechtigt ist (Besitzmittlungsverhältnis) und ihren Besitz in Anerkennung dieses Verhältnisses ausübt

<sup>1</sup> Neuner, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 351 ff.; Prütting, Sachenrecht, 36. Aufl. 2017, § 33 Rn. 388 ff.

<sup>2</sup> Neuner, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 463 ff.; Prütting, Sachenrecht, 36. Aufl. 2017, § 34 Rn. 409 ff.

(Besitzmittlungswille).<sup>3</sup> Entscheidend ist, dass der Veräußerer den Erwerber nach der Vereinbarung des Besitzkonstituts als Besitzer anerkennt und diesem den Besitz mittelt.<sup>4</sup>

Die Sicherungsabrede ist ein konkretes „ähnliches Verhältnis“ i.S.v. § 868 BGB.<sup>5</sup>

**Hinweis:** Gegenstand des Übergabesurrogats i.S.v. § 930 BGB muss nach h.M. ein konkretes Besitzmittlungsverhältnis sein, BGH NJW 1953, 217, 218. Nach der Gegenauffassung genügt ein abstraktes Rechtsverhältnis, wenn die Ernsthaftigkeit des Eigentumsübertragungswillens hinreichend deutlich wird.<sup>6</sup>

B und F haben vereinbart, dass B als Sicherungsgeber im unmittelbaren Besitz der Sache bleibt und damit arbeiten darf, aber dem F die Sache herausgeben muss, wenn B den Werklohn nicht zahlt. Damit hat B den F als Besitzer anerkannt.

### cc) Einigsein im Zeitpunkt der Vereinbarung des Besitzkonstituts

B und F waren sich zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Besitzkonstituts bezüglich der Eigentumsverschaffung einig.

### dd) Verfügungsberechtigung

Eine Übereignung von B an F nach §§ 929 S. 1, 930 BGB scheitert jedoch an der fehlenden Verfügungsberechtigung des B, denn B ist weder Eigentümer noch kraft Gesetz oder Rechtsgeschäft zur Verfügung über den Mobilkran befugt.

### d) Keine Übereignung von B an F durch gutgläubigen Erwerb, § 929 S. 1, 930, 933 BGB

Denkbar ist ein gutgläubiger Erwerb des F nach §§ 929 S. 1, 930, 933 BGB.

Zusätzlich zu den Voraussetzungen der §§ 929 S. 1, 930 BGB verlangt § 933 BGB, dass die Sache von Veräußerer übergeben wird, der Erwerb gutgläubig war und die Sache nicht nach § 935 BGB abhanden gekommen ist.

### aa) „Übergabe“ durch den Veräußerer

Der Begriff der Übergabe einer Sache in § 933 BGB entspricht dem des § 929 S. 1 BGB.<sup>7</sup> Erforderlich ist völlige Aufgabe des Besitzes durch den Veräußerer und Besitzerwerb des Erwerbers auf Veranlassung des Veräußerers.

Durch das Entfernen des Mobilkrans durch den Gesellen G hat B seine tatsächliche Sachherrschaft und damit Besitz am Mobilkran verloren.

F hat die tatsächliche Sachherrschaft und damit Besitz erlangt, als G als Besitzdiener des F den Mobilkran an sich nahm.

**Besitzdiener i.S.d. § 855 BGB:** Besitzdiener ist jemand, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache weisungsgebunden für einen anderen in einem Verhältnis der nach außen erkennbaren sozialen Abhängigkeit ausübt.<sup>8</sup>

Fraglich ist, ob dies auch auf Veranlassung des B geschah. Dafür spricht, dass F durch die Sicherungsabrede zur Wegnahme des Mobilkrans ermächtigt war, B mit der Sicherungsabrede also sein Einverständnis erklärt hat. Der Fortbestand des Einverständnisses kann jedoch nur dann tatsächlich vermutet werden, wenn das rechtsgeschäftliche Einverständnis auch als

<sup>3</sup> MüKo/Joost, 7. Aufl. 2017, § 868 Rn. 8.

<sup>4</sup> Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl. 2015, § 4 Rn. 41.

<sup>5</sup> BGH NJW 1979, 2308, 2309; Medicus, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 491; MüKo/Oechsler, 7. Aufl. 2017, § 930 Rn. 38; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl. 2015, § 12 Rn. 13.

<sup>6</sup> Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, § 868 Rn. 6; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 22. MüKo/Oechsler, 7. Aufl. 2017, § 930 Rn. 21; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 491.

<sup>7</sup> BGH NJW 1996, 2654; Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, § 933 Rn. 4.

<sup>8</sup> Schulze BGB/Schulte-Nölke, 9. Aufl. 2016, § 855 Rn. 1 ff.

besitzrechtliches Einverständnis zu deuten ist.<sup>9</sup> Denn der Übergabewille desjenigen, der dem Erwerber den Besitz einräumt, muss auf dem Veräußerungsgeschäft beruhen. Die Vereinbarung einer Wegnahmeberechtigung ist jedoch regelmäßig als schuldrechtliche Duldungsverpflichtung und nicht als besitzrechtliche Ermächtigung zu verstehen.<sup>10</sup> Für ein Abstellen auf den aktuellen Willen des Veräußerers spricht auch, dass die Beendigung des Besitzes durch Aufgabe der tatsächlichen Gewalt gemäß § 856 Abs. 1 BGB stets ein erkennbares, willentliches Handeln voraussetzt.

Ein willentliches Verhalten des B zum Zeitpunkt der Entfernung der Sache fehlt vorliegend; eine Übergabe liegt folglich nicht vor.

### **bb) Hilfsweise: Guter Glaube bei Besitzerwerb**

Zudem könnte F im Zeitpunkt der Inbesitznahme bösgläubig gewesen sein.

Gegenstand des guten Glaubens ist das Eigentum des Veräußerers an der übereigneten Sache. Schädlich sind nur Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis vom fehlenden Eigentum des Veräußerers.

F wusste zwar nicht, dass der Kran nicht dem B gehört, aber er könnte grob fahrlässig gehandelt haben, indem er sich nicht nach der Eigentumslage erkundigte.

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.<sup>11</sup> Eine grundsätzliche Nachforschungspflicht besteht nicht, allerdings können die Umstände des Einzelfalles (Verkauf zu Schleuderpreisen) oder die verkehrsübliche Möglichkeit von Dritteigentum zu einer Nachforschungspflicht führen.

Bei dem Kran handelt es sich um eine sehr teure Baumaschine, die üblicherweise nur geleast oder zumindest unter Eigentumsvorbehalt gekauft oder zur Sicherung eines Investitionskredites übereignet wird. Daher bestand aufgrund der Verkehrsüblichkeit des Dritteigentums eine Nachforschungspflicht für F. Dieser kam F nicht nach, so dass er bösgläubig war.

**Hinweis:** a. A. vertretbar; dies ändert nichts am Ergebnis, da der gutgläubige Erwerb bereits am fehlenden Übergabewillen des B scheitert.

### **e) Zwischenergebnis**

F hat kein Eigentum gemäß §§ 929 S. 1, 930, 933 BGB erworben. H war zum Zeitpunkt des Verkaufs an X Eigentümer des Mobilkrans.

## **2. F als Besitzer**

F hatte zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses (Veräußerung des Mobilkrans an X) die tatsächliche Sachherrschaft inne, war also Besitzer des Mobilkrans.

## **3. Kein Recht zum Besitz, § 986 Abs. 1 BGB**

Dem Herausgabeanspruch des H darf kein Besitzrecht des F entgegenstehen.

### **a) Obligatorisches Besitzrecht**

Ein obligatorisches Besitzrecht aus dem Werkvertrag scheidet aus, denn die Werklohnforderung des F war mangels Abnahme gemäß § 641 Abs. 1 BGB noch nicht fällig, weshalb F ein Wegnahmerecht aus der Sicherungsabrede nicht zustand. Überdies würde dieses Besitzrecht ohnehin nur im Verhältnis zwischen B und F bestehen.

<sup>9</sup> MüKo/Oechsler, 7. Aufl. 2017, § 933 Rn. 11.

<sup>10</sup> MüKo/Oechsler, 7. Aufl. 2017, § 929 Rn. 53.

<sup>11</sup> BGH NJW 1994, 2022; 2093; BGH WM 78, 1208.

## b) Dingliches Besitzrecht aus Anwartschaftsrecht

In Betracht kommt jedoch ein dingliches Recht zum Besitz aufgrund eines Anwartschaftsrechts, wenn F ein entsprechendes Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums erworben hat und dieses ihm gegenüber H ein Recht zum Besitz gewährt.

**Hinweis:** Strittig ist, ob das Anwartschaftsrecht auch ein Recht zum Besitz i.S.v. § 986 BGB ist, dazu sogleich.

### aa) Rechtsnatur und Übertragbarkeit

Das Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums ist nach Auffassung des BGH im Verhältnis zum Eigentum ein wesensgleiches Minus<sup>12</sup> (Vorstufe zum Vollrecht<sup>13</sup>) und damit ein dingliches Recht.

Nach anderer Ansicht ist das Anwartschaftsrecht wegen seiner Verknüpfung mit schuldrechtlichen Vorgängen zum Teil schuldrechtlich-dingliches Recht,<sup>14</sup> zum Teil subjektiv-dingliches Recht.<sup>15</sup>

Kennzeichnend für ein Anwartschaftsrecht ist, dass die Rechtsposition nicht mehr einseitig vom Übertragenden beseitigt werden kann und daher die Vollendung des Erwerbs nur noch vom Verhalten des Berechtigten abhängt.<sup>16</sup> 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 übertragbar. Rechtsgeschäftlich vereinbarte Verfügungsverbote entfalten gemäß § 137 Satz 1 BGB keine Außenwirkung.

Der Erst- und Zweiterwerb des Anwartschaftsrechts erfolgt in analoger Anwendung der Regeln für den Erwerb des Vollrechts, d. h. analog den §§ 929 ff. BGB (nicht nach § 413 BGB).

Ein gutgläubiger Ersterwerb des Anwartschaftsrechts ist nach §§ 932 ff. BGB analog möglich.

Beim gutgläubigen Zweiterwerb ist zu differenzieren: Besteht das Anwartschaftsrecht tatsächlich nicht, scheidet ein gutgläubiger Zweiterwerb von vornherein aus.

Demgegenüber ist nach hM<sup>17</sup> der gutgläubige Zweiterwerb des tatsächlich (nur nicht in der Person des Verfügenden) bestehenden Anwartschaftsrechts analog §§ 932 ff. BGB möglich, weil es sich bei dem Anwartschaftsrecht um eine Vorstufe zum Eigentum handelt.

Die Gegenansicht<sup>18</sup> lehnt einen gutgläubigen Erwerb dagegen ab, weil der Besitz nur Rechtscheinträger für das Eigentum, nicht aber für das Anwartschaftsrecht ist.

### bb) Übertragung des Anwartschaftsrecht an F gem. § 929 Satz 1 BGB analog

#### (1) Einigung zwischen F und B gem. § 929 Satz 1 BGB analog

F und B müssten sich über die Übertragung des Anwartschaftsrechts auf Erwerb des Eigentums am Mobilkran geeinigt haben, gem. § 929 Satz 1 BGB analog.

Vorliegend wollten F und B allerdings das Vollrecht, also das Eigentum an dem Mobilkran übertragen. Dies ist jedoch aufgrund der fehlenden Berechtigung des B bzw. der fehlenden Übergabe nach § 933 BGB gescheitert (s.o.).

Scheitert eine Sicherungsübereignung vom Nichtberechtigten nach §§ 930, 933 BGB an der fehlenden Übergabe des Sicherungsgutes gem. § 929 Satz 1 BGB, so ist jedoch regelmäßig von

<sup>12</sup> BGHZ 28, 16, 21; Neuner, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 351.

<sup>13</sup> BGH NJW 1984, 1184, 1185.

<sup>14</sup> Serick AcP 166 (1966), 129 ff.

<sup>15</sup> Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 33.

<sup>16</sup> Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl. 2015, § 11 Rn. 34.

<sup>17</sup> Palandt/Bassenge, § 929 Rn. 46; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 39.

<sup>18</sup> Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 475.

der Übertragung des Anwartschaftsrechts auszugehen.<sup>19</sup> Denn wenn F schon nicht das Eigentum erwerben kann, ist davon auszugehen, dass er zumindest als wesensgleiches Minus das Anwartschaftsrecht erwerben will: Je nachdem wie viel von dem ursprünglichen Kaufpreis bereits bezahlt wurde, ist dies auch in seinem wirtschaftlichen Interesse, denn mit dem Erwerb des Anwartschaftsrechts rückt F in die dingliche Rechtsstellung des B im Verhältnis zu H ein. Mit Bedingungseintritt (vollständiger Bezahlung des Kaufpreises) im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer erlangt der Erwerber das Volleigentum unmittelbar vom Verkäufer.<sup>20</sup>

Rechtstechnisch kann daher die Einigung zwischen F und B 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.

## **(2) Übergabe gem. § 929 Satz 1 BGB analog**

Eine Übergabe des Mobilkrans fand nicht statt, B und F haben sich allerdings auf ein Besitzkonstitut nach §§ 929 Satz 1, 930 BGB geeinigt (s.o.).

## **(3) Verfügungsberechtigung des B**

B war zur Verfügung über das Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums am Mobilkran befugt, wenn er selbst Inhaber dieses Anwartschaftsrechts war. H und B haben sich geeinigt, dass die Übereignung des Mobilkrans aufschiebend bedingt bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises erfolgen soll; der Bedingungseintritt hing damit allein von B ab. H hat B den Mobilkran auch übergeben und war als Eigentümer zur Verfügung befugt. B war damit zunächst Inhaber eines Anwartschaftsrechts.

B war auch nicht in seiner Verfügungsmacht über das Anwartschaftsrecht eingeschränkt.

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 schuldrechtlich, vgl. § 137 BGB.<sup>21</sup>

## **(4) Zwischenergebnis**

Analog § 929 Satz 1 BGB hat F also von B das Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an dem Mobilkran erworben.

## **cc) Anwartschaftsrecht als dingliches Recht zum Besitz**

Fraglich ist allerdings, ob das Anwartschaftsrecht dem F gegenüber dem Herausgabeverlangen des H ein dingliches Recht zum Besitz nach § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB gewährt.<sup>22</sup>

Nach der **Dinglichkeitstheorie**<sup>23</sup> 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. 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.

Die Gegenansicht<sup>24</sup> lehnt dagegen mit der **schuldrechtlichen Theorie** 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. Ferner sei der Anwartschaftsberechtigte auch nicht schutzbedürftig: Denn er könne durch Zahlung des

<sup>19</sup> Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl. 2015, § 11 Rn. 50.

<sup>20</sup> BGH NJW 84, 1184; Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, § 929 Rn. 49.

<sup>21</sup> Palandt/Heinrichs, 76. Aufl. 2017, § 137 Rn. 2 f.

<sup>22</sup> Gursky, 20 Probleme aus dem BGB, Sachenrecht, EBV, 8. Aufl. 2009; Neuner, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 416 ff.

<sup>23</sup> Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, § 929 Rn. 41; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 47.

<sup>24</sup> Medicus, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 465; BGHZ 10, 69, 75.



Restkaufpreises das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht erstarken lassen (§ 267 BGB), womit der Anspruch des Eigentümers aus § 985 BGB entfielen.

Etwas anderes gilt nach Auffassung des BGH,<sup>25</sup> wenn der Bedingungseintritt unmittelbar bevorsteht, insb. der Anwartschaftsinhaber zur sofortigen Zahlung des restlichen Kaufpreises bereit sei. Der Eigentümer dürfe gemäß § 242 BGB die Herausgabe nicht verlangen, wenn er zur sofortigen Rückerstattung verpflichtet wäre (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*).

Hier sind keine Anhaltspunkte für eine bevorstehende vollständige Kaufpreiszahlung ersichtlich.

Möglicherweise kann der Streit zwischen dinglicher und schuldrechtlicher Theorie vorliegend dahingestellt bleiben, weil F das Anwartschaftsrecht vom Berechtigten erworben hat. Damit könnte er zugleich in die schuldrechtliche Position des B gegenüber H eingetreten sein und diesem gegenüber ein eigenes schuldrechtliches Recht zum Besitz gem. §§ 986 I 1, 433 BGB haben.

Dies ist hier der Fall: Der Veräußerer des Anwartschaftsrechts muss auch berechtigt sein, dem Erwerber neben dem Besitz auch sein relatives Besitzrecht aus dem Kaufvertrag mit Wirkung gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer zu überlassen, da sonst die freie Veräußerbarkeit des Anwartschaftsrechts und dessen wirtschaftlicher Zweck verfehlt würden.<sup>26</sup>

### c) Zwischenergebnis

F hat gegenüber H ein eigenes obligatorisches Recht zum Besitz.

Ein Anspruch des H aus §§ 989, 990 BGB besteht nicht.

[a. A. mit dem BGH vertretbar. Danach ist wie folgt weiter zu prüfen:]

## II. Bösgläubigkeit des F

Mangels Rechtshängigkeit gem. § 989 BGB müsste F gem. § 990 BGB bösgläubig gewesen sein. Für die Bösgläubigkeit nach § 990 BGB kommt es – anders als bei § 932 BGB – nicht auf das Eigentum sondern auf die Besitzberechtigung an.<sup>27</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt ist die Inbesitznahme der Sache durch F mittels seines Besitzdieners G.

Fraglich ist, auf wessen Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis (§ 932 Abs. 2 BGB) von der fehlenden Besitzberechtigung es ankommt.

Nach h.M. ist für die Bösgläubigkeit allein die Kenntnis des Besitzers entscheidend.<sup>28</sup>

Hier wusste F zwar nicht mit Sicherheit von der fehlenden Besitzberechtigung. Ausreichend ist jedoch, wenn der Besitzer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maß verletzt und dasjenige nicht beachtet, was in der konkreten Situation jedem hätte einleuchten müssen.<sup>29</sup>

Hier glaubte F zwar, das Sicherungseigentum erworben zu haben und daher als Sicherungseigentümer besitzberechtigt zu sein. Wegen des Charakters der Sicherungsabrede als fiduziarisches Sicherungsmittel<sup>30</sup> (= Treuhandgeschäft) war er aber gehindert, sogleich das angebliche Sicherungsgut an sich zu bringen, ohne zuvor Rücksprache mit B zu halten. Dieser hätte dann die Möglichkeit gehabt, F vom Eigentum des H in Kenntnis zu setzen. Zumindest diese objektiv bestehende Beschränkung seiner Besitzberechtigung als Sicherungseigentümer hat F grobfahrlässig verkannt. Im Übrigen hätte F damit rechnen müssen, dass B als Neuling in der Baubranche die Baugeräte fremdfinanziert oder zumindest unter Eigentumsvorbehalt erworben hatte. F war folglich bösgläubig.

<sup>25</sup> BGHZ 10, 69, 75.

<sup>26</sup> Neuner, Sachenrecht, 5. Aufl. 2009, S. 135 f.

<sup>27</sup> BGH NJW 1977, 31, 34; Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, § 990 Rn. 3.

<sup>28</sup> Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, § 990 Rn. 6; Schilken, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983.

<sup>29</sup> Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, § 990 Rn. 4.

<sup>30</sup> Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl. 2015, § 12 Rn. 4.

### III. Verschlechterung, Untergang oder Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache

Der Mobilkran kann aufgrund der Veräußerung an X nicht mehr von F herausgegeben werden, § 989 BGB.

### IV. Rechtsfolge: Schadensersatz

#### 1. Schaden

Ein Schadensersatz nach §§ 989, 990 BGB setzt schließlich einen Schaden voraus.

Der Schaden könnte zunächst darin zu sehen sein, dass H sein Eigentum an X verloren hat. Allerdings hat X das Eigentum am Mobilkran nicht nach § 929 S. 1 BGB erworben, weil F nicht Eigentümer des Mobilkrans war (s. o.). Auch ein Eigentumserwerb nach §§ 929 S. 1, 932 BGB scheidet aus, weil H die Sache nach § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB abhandeln gekommen war, denn B hat den Besitz ohne (wenn auch nicht gegen) seinen Willen an F verloren.

Allerdings ist ein Herausgabeanspruch des H gegen X aus § 985 BGB wertlos, da X nicht auffindbar ist. H hat daher ein unfreiwilliges Vermögensopfer und damit einen Schaden erlitten.

#### 2. Schadensumfang

Der Schadensumfang wird durch §§ 249 ff. BGB bestimmt. Weil eine Herstellung des ursprünglichen Zustands (§ 249 Abs. 1 BGB) nicht mehr möglich ist, kann H Kompensation nach § 251 Abs. 1 BGB fordern, allerdings nur Zug um Zug gegen Abtretung seiner Kaufpreisforderung an F nach § 255 BGB.

**Hinweis:** Bei einer Sicherungsübereignung ist der Schadensersatz auf das Sicherungsinteresse begrenzt.<sup>31</sup>

### V. Ergebnis

H steht gegen F ein Schadensersatzanspruch aus §§ 989, 990 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB i.H.v. 200.000 € Zug um Zug gegen Abtretung seiner Kaufpreisforderung gegen B nach § 255 BGB zu.

### B. Aus §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB

H könnte gegen F auch einen Anspruch auf Herausgabe des Verkaufserlöses aus §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB haben.

#### I. Anwendbarkeit neben EBV

Die Regeln über die angemessene Eigengeschäftsführung sind neben dem EBV (lehnt man oben das Recht zum Besitz ab) anwendbar, weil der vorsätzlich Handelnde keinen Schutz verdient.<sup>32</sup>

#### II. Führen eines fremden Geschäfts

Die Veräußerung einer Sache obliegt dem Eigentümer, so dass F mit der Veräußerung des Mobilkrans ein objektiv fremdes Geschäft geführt hat. Der Fremdgeschäftsführungswille wird bei dem objektiv fremden Geschäft vermutet.

#### III. Positive Kenntnis von der Nichtberechtigung

Allerdings hat F dies nur grob fahrlässig verkannt, von der Nichtberechtigung also keine positive Kenntnis gehabt (s. o.).

### IV. Ergebnis

H hat gegen F keinen Anspruch in Höhe von 200.000 € aus §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB.

<sup>31</sup> Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, § 989 Rn. 6.

<sup>32</sup> Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, vor § 987 Rn. 18.

**C. Aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB**

H könnte gegen F einen Anspruch auf Herausgabe des Verkaufserlöses aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB haben.

**I. Anwendbarkeit neben dem EBV**

§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ist neben dem EBV (lehnt man oben das Recht zum Besitz ab) stets anwendbar, weil der gutgläubige Erwerb, den § 816 Abs. 1 BGB voraussetzt, kondiktionsfest ist.<sup>33</sup> Überdies umfasst die Sperrwirkung des § 993 I aE BGB nur Nutzungen und Schadensersatz, nicht den Wertersatz für die verlorene Vindikation.

**II. Verfügung des F als Nichtberechtigter**

F hat als Nichtberechtigter (s. o.) den Mobilkran an X veräußert.

**III. Wirksamkeit der Verfügung gegenüber H**

Die Verfügung ist zwar wegen § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gegenüber H wirksam (s. o.).

Indes liegt in der Geltendmachung des Herausgabeverlangens des Verkaufserlöses eine konkludente Genehmigung der Verfügung des H gemäß § 185 Abs. 1 BGB (zum Verständnis: Genehmigt wird die Verfügung; H wird nicht etwa rückwirkend zum „Berechtigten“).

H kann von F Herausgabe des aus der Verwertung Erlangten und damit 200.000 € aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangen (aA: den Wert).

**Hinweis:** Den Streit, ob Herausgabe des objektiven Wertes (aA) oder des tatsächlich Erlangten<sup>34</sup> (hM) verlangt werden kann, kennen Sie. Hier ist zum Wert nichts bekannt.

**Abwandlung: Anspruch Y gegen B auf Herausgabe des Mobilkrans?****A. Aus § 985 BGB**

Y könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des Mobilkrans aus § 985 BGB haben.

**I. Y als Eigentümer**

Voraussetzung ist zunächst, dass Y Eigentümer des Mobilkrans ist.

**1. Ursprüngliche Eigentumslage**

Ursprünglicher Eigentümer des Mobilkrans war H.

**2. Kein Verlust des Eigentums des H durch Übereignung an B gem. § 929 S. 1, s. o.****3. Eigentumsverlust des H durch Übereignung von H an Y durch Vindikationszession, §§ 929 S. 1, 931 BGB**

Denkbar ist jedoch, dass Y von H das Eigentum im Wege der Vindikationszession nach §§ 929 S. 1, 931 BGB erworben hat.

**a) Einigung zwischen H und Y**

Eine (unbedingte) Einigung zwischen H und Y liegt vor.

<sup>33</sup> Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, vor § 987 Rn. 15.

<sup>34</sup> Dazu Palandt/Sprau, 76. Aufl. 2017, § 816 Rn. 20.

**b) Übergabe oder Übergabesurrogat, § 931 BGB**

Eine Übergabe fand nicht statt.

§ 931 BGB sieht als Ersatz für die Übergabe der Sache eine Abtretung des Herausgabeanspruchs vor. B und H haben sich zunächst wirksam auf Eigentumsvorbehalt nach §§ 929 S. 1, 930 BGB geeinigt. Kraft Eigentumsvorbehalt als konkretes Besitzmittlungsverhältnis im Sinne von § 868 BGB war H mittelbarer Besitzer und hatte einen künftigen Herausgabeanspruch gegen B. Für eine Vindikationszession des H an Y reicht solch ein künftiger Herausgabeanspruch aus.

**Hinweis:** Ein Herausgabeanspruch kann sich aus Rechtsgeschäft (Mietvertrag, Pachtvertrag, Verwahrungsvertrag etc.) oder Gesetz (§ 812, § 823, § 861 BGB) ergeben, nicht jedoch aus § 985 BGB, weil der Anspruch aus § 985 BGB untrennbar mit dem Eigentum verbunden und deshalb nicht selbständig abtretbar ist.<sup>35</sup>

**c) Einigung bei Übergabesurrogat**

Die Einigung lag auch bei Abtretung des Herausgabeanspruchs vor.

**d) Verfügungsberechtigung des H**

Zum Zeitpunkt der Verfügung war H der Eigentümer des Mobilkrans.

Allerdings hat H später das Eigentum mit Zahlung des Kaufpreises durch B nach § 158 Abs. 1 BGB an B verloren. Denn H hatte B das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung übertragen und mit Bedingungseintritt ist das Eigentum auf B übergegangen.

Rechtsfolge ist, dass die zunächst in der Schwebezeit vor Bedingungseintritt nach den §§ 929 S. 1, 931 BGB wirksame Zwischenverfügung des H bei Bedingungseintritt unwirksam geworden ist, weil die Übereignung von H an Y den Erwerb des Eigentums durch B beeinträchtigt, § 161 I BGB.

**e) Zwischenergebnis**

Y hat danach kein Eigentum am Mobilkran erworben.

**4. Gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Eigentums §§ 161 Abs. 3 iVm §§ 929 S. 1, 931, 934 BGB**

Etwas anderes könnte nach § 161 Abs. 3 BGB gelten, wonach zum Schutz des Zwischenerwerbers die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb entsprechend heranzuziehen sind. Eine solche Vorschrift ist § 934 BGB, welche den gutgläubigen Eigentumserwerb nach den §§ 929 S. 1, 931 BGB regelt. Der Zwischenerwerber muss hinsichtlich der Beschränkungen der Verfügungsmacht des Veräußerers aufgrund der Rechte des Dritten gutgläubig sein.

**a) (Entsprechende) Anwendbarkeit des § 934 BGB**

§ 934 BGB kommt vorliegend auch zur Anwendung. Zwar setzt § 934 BGB grundsätzlich voraus, dass eine nach § 931 BGB veräußerte Sache nicht dem Veräußerer gehört; hier war H zum Zeitpunkt der Veräußerung jedoch Eigentümer. § 161 Abs. 3 BGB bestimmt jedoch nur eine entsprechende Heranziehung der Vorschriften zum gutgläubigen Erwerb: Wenn der Erwerber das Recht kraft guten Glaubens auch von einem Nichtberechtigten hätte erwerben könne, ist er bei Erwerb vom (noch) Berechtigten erst recht schutzwürdig, wenn er hinsichtlich der Beschränkungen der Verfügungsmacht gutgläubig ist. Danach wäre Y mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs von H gegen B endgültig Eigentümer des Mobilkrans geworden.

**b) Keine Einschränkung nach § 936 BGB**

**Hinweis:** § 936 regelt den lastenfreien Erwerb einer mit dem Recht eines Dritten belasteten Sache. Die Vorschrift enthält gewissermaßen eine Miniatur der §§ 932–935 und beruht auf

<sup>35</sup> MüKo/Oechsler, 7. Aufl. 2017, § 931 Rn. 8, 10.

denselben Prinzipien: Wer vom Besitzer erwirbt, soll darauf vertrauen können, dass diesem unbelastetes Eigentum zusteht.<sup>36</sup>

Diesem Ergebnis könnte jedoch § 936 BGB entgegenstehen. § 936 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmt, dass das Recht eines Dritten an einer veräußerten Sache mit dem Erwerb des Eigentums erlischt.

Erforderlich ist, dass der Erwerber Eigentum erlangt, wobei es gleichgültig ist, ob er vom Berechtigten oder gem. §§ 932 ff. BGB vom Nichtberechtigten erwirbt. Der Erwerber muss dieselbe Besitzposition erhalten wie beim Erwerb vom Nichtberechtigten, auch wenn er vom Berechtigten das Eigentum erworben hat. Der Erwerber muss schließlich bezüglich der Lastenfreiheit gutgläubig sein. D.h. er darf die dingliche Belastung weder kennen oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennen. Die Sache darf ferner dem Inhaber des dinglichen Rechts nicht abhanden gekommen sein (§ 935 BGB findet entsprechende Anwendung).

Vorliegend ist der Mobilkran mit dem Anwartschaftsrecht des B auf den Erwerb des Eigentums (vgl. §§ 158 Abs. 1, 161 Abs. 1 BGB) belastet. Zu prüfen ist zunächst, ob § 936 BGB auch für das Anwartschaftsrecht gilt. Neben Nießbrauch und Pfandrecht (auch das Pfändungspfandrecht und die gesetzlichen Pfandrechte wie das Vermieterpfandrecht (§ 559 BGB) und das Unternehmerpfandrecht (§ 647 BGB) erfasst § 936 auch dingliche Aneignungsrechte (zB Jagdrecht, Bergrecht). Nach h.M. sind weiterhin das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers sowie dasjenige des Sicherungsgebers bei auflösend bedingter Sicherungsübereignung zu den Belastungen i.S.v. § 936 zu zählen<sup>37</sup>.

Mit dem Eigentumserwerb durch H würde somit das Anwartschaftsrecht des B erlöschen.

Dies gilt gem. § 936 Abs. 3 BGB nicht, wenn die Veräußerung nach § 931 BGB erfolgt und der Inhaber des dinglichen Rechts (hier: das Anwartschaftsrecht) die Sache besitzt. Das ist hier der Fall, denn der Anwartschaftsberechtigte B hat den Mobilkran in Besitz.

„Wird eine Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs aus dem Besitzmittlungsverhältnis veräußert, so erhält auch der gutgläubige Erwerber kein lastenfreies Eigentum, wenn der Besitzmittler zugleich der Inhaber des belastenden Rechts ist. Das Interesse des Besitzers erscheint hier jedoch schutzwürdiger als die Belange des Erwerbers, der weiß, dass sich die Sache im Besitz eines Dritten befindet, und mit Rechten des Dritten an der Sache rechnen muss. Einen wichtigen Anwendungsfall des § 936 Abs. 3 BGB bildet heute der Schutz des Vorbehaltskäufers gegen weitere Verfügungen des Verkäufers.

Veräußert der Vorbehaltsverkäufer die Sache an einen Dritten, so erwirbt dieser zunächst Eigentum vom Berechtigten. Erst mit Eintritt der Bedingung, der Zahlung der letzten Kaufpreisrate, geht gem. § 161 Abs. 1 S. 1 BGB dieses Eigentum unter.

Gemäß § 161 Abs. 3 BGB gelten aber „die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten“, entsprechend. Demzufolge würde der Zweiterwerber dann geschützt, wenn die Voraussetzungen vorlagen, unter denen er sogar vom Nichteigentümer hätte erwerben können, §§ 932–936 BGB. Der Vorbehaltskäufer würde folglich seine Rechtsstellung einbüßen. Im Falle der Veräußerung gemäß § 934 Alt.1 BGB wird diese Konsequenz durch die Anwendung des § 936 Abs. 3 BGB vermieden.

Da nach h.M. auch das Anwartschaftsrecht unter die Belastungen i.S.v. § 936 BGB fällt, wird der besitzende Anwartschaftsberechtigte durch § 936 Abs. 3 BGB vor dem Verlust seiner Rechtsposition bewahrt. Mit der Zahlung der letzten Kaufpreisrate erstarkt die Anwartschaft zum Vollrecht und verdrängt das Eigentum des Zwischenerwerbers“.<sup>38</sup>

### c) Zwischenergebnis

Y hat das Eigentum daher nicht gutgläubig lastenfrei, sondern belastet mit dem Anwartschaftsrecht des B erworben und nach § 161 Abs. 1 BGB mit Bedingungseintritt verloren.

<sup>36</sup> Wiegand, JuS 1974, 210; Staudinger/Wiegand, 2011, § 936, Rn. 1.

<sup>37</sup> Palandt/Bassenge, 76. Aufl. 2017, § 936, Rn. 1.

<sup>38</sup> Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl. 2015, § 11 Rn. 42; Medicus, Bürgerliches Recht, 26. Auflage, 2017, Rn. 462; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, S. 614 f.

**II. Ergebnis**

Y hat gegen B keinen Anspruch auf Herausgabe des Mobilkrans aus § 985 BGB, denn B (und nicht Y) ist Eigentümer des Mobilkrans.

**B. Weitere Ansprüche**

Weitere Ansprüche waren laut Aufgabenstellung nicht zu prüfen.