

## Ü b u n g s f a l l 3

A war Orchestermusiker und spielte leidenschaftlich gern Streichinstrumente. Aufgrund eines Herzinfarkts verstarb A plötzlich und unerwartet am 5.11.2011. Alleinerbin ist seine Ehefrau E.

In der gemeinsamen Wohnung befinden sich unter anderem ein Kontrabass und ein Violoncello. Den Kontrabass hatte A von seinem Freund F geliehen bekommen. Das neuwertige Violoncello hatte A etwa fünf Monate vor seinem Tod, am 11.6.2011, bei einem Musikinstrumenteproduzenten H für 3000 Euro unter Eigentumsvorbehalt gekauft. Vereinbart worden war, dass A eine Anzahlung von 500 Euro leistete und dann an jedem Monatszehnten eine Rate von 100 Euro zahlen sollte. So geschah es dann zunächst auch. A zahlte die Anzahlung und bis zu seinem Tod vier Raten zu je 100 Euro; der Restkaufpreis von 2100 Euro ist noch offen.

Nach dem Tod von A sieht E ihre Aufgabe darin, den Nachlass des A zu veräußern. Allerdings weiß sie nicht, dass A ein Instrument von F geliehen hatte. An den Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt mit H erinnert sie sich dunkel, zumal sie Kontoauszüge über die Ratenzahlungen findet. Allerdings meint sie irrig, der Kontrabass sei das unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Instrument gewesen. Hingegen geht sie davon aus, dass das Cello im Eigentum des A gestanden habe.

Auf eine Zeitungsannonce melden sich K und L bei E. K bekundet Interesse an dem Kontrabass, L an dem Violoncello. Beide weisen darauf hin, dass sie kein Geld hätten, um die Instrumente sofort zu bezahlen, für die E jeweils 2900 Euro verlangt. E sagt, das sei nicht weiter schlimm. Dem K erklärt sie ergänzend, dass der Kontrabass auch von A erst teilweise bezahlt worden sei.

E und K einigen sich daher am 12.12.2011 auf folgende Abmachung: K kauft von E den Kontrabass für 2900 Euro. Für den Kontrabass zahlt K an E sofort 800 Euro. Dafür überträgt E dem K alle Rechte, die A bzw. E aufgrund des (vermeintlichen) Eigentumsvorbehaltskaufs und der Ratenzahlungen an dem Kontrabass erlangt hat. Im Übrigen verpflichtet sich K gegenüber E dazu, den Restkaufpreis von 2100 Euro in Raten an H zu zahlen.

Mit L einigt sich E wenig später wie folgt: L kauft von E das Violoncello und leistet eine Anzahlung von 200 Euro. Den Rest soll er in Monatsraten von 100 Euro an E abzahlen. L soll das Cello sofort mitnehmen, E aber bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung Eigentümerin bleiben.

Am 15.12.2011 erhält E einen an A adressierten Brief des H, in dem H darauf hinweist, dass bereits zwei Monatsraten nicht gezahlt worden seien, und eine Frist bis zum 29.12.2011 für die Zahlung der ausstehenden Raten setzt. E schreibt daraufhin dem H zurück, A sei verstorben und bald werde K die Ratenzahlung aufnehmen. Als H am 29.12.2011 noch immer keine Zahlung erhalten hat, tritt er von dem Kaufvertrag zurück und verlangt zunächst von E Herausgabe des Violoncellos. Daraufhin fällt E auf, dass sie den Kontrabass und das Violoncello verwechselt hatte. Sie teilt H mit, dass sich das Violoncello bei L befinde.

Als F vom Tod des A erfahren hat, meldet auch er sich bei E und verlangt seinen Kontrabass zurück. E entschuldigt sich vielfach, erklärt den Sachverhalt und verweist ihn auf K.

Daraufhin verlangt H nun von L Herausgabe des Violoncellos. F verlangt von K Herausgabe des Kontrabasses. Zu Recht? K und L verweisen auf die Abmachungen mit E. L ergänzt, er werde auch in Kürze mit den Ratenzahlungen beginnen.

**Zusatzfrage zum Fall:** Ändert sich etwas, wenn L jetzt den Restkaufpreis von 2800 Euro (für das Violoncello) an E zahlt und K den Restkaufpreis von 2100 Euro (für den Kontrabass) an H?

**Hinweise:** Der Fall weist unter erbrechtlichen Gesichtspunkten keine Schwierigkeiten auf. Es reicht aus, wenn Sie wissen, dass der Erbe nach § 1922 BGB Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers wird und nach § 1967 BGB für die Nachlassverbindlichkeiten haftet, zu denen insbesondere die vom Erblasser herrührenden Schulden zählen.

Der Fall ist im Gutachtenstil zu bearbeiten. Das gilt auch für die Zusatzfrage. Hier ist es aber nicht erforderlich, die Lösung des Ausgangsfalles zu wiederholen, sondern es sind nur die problematischen Punkte und Unterschiede zum Ausgangsfall zu erörtern.

Prof. Dr. Klaus Peter Berger

Kreditsicherungsrecht

## Lösungsskizze zum Übungsfall 3

Ausgearbeitet von Wiss. Mit. Bernd Scholl (Fragen und Hinweise an bernd.scholl@uni-koeln.de)

### 1. Teil: Ansprüche von H gegen L auf Herausgabe des Violoncellos

#### A) Anspruch von H gegen L auf Herausgabe des Violoncellos aus § 985 BGB

H könnte gegen L einen Anspruch auf Herausgabe des Violoncellos aus § 985 BGB haben. Dann müßte H Eigentümer und L Besitzer ohne Recht zum Besitz sein.

#### I. Eigentum des H

Dazu müßte H zunächst Eigentümer des Violoncellos sein. Ursprünglich war H Eigentümer des Violoncellos (§ 950 BGB). Fraglich ist, ob H sein Eigentum durch Übereignung an A nach § 929 S. 1 BGB verloren hat. Zwar haben sich H und A über den Eigentumsübergang geeinigt, jedoch stand diese Einigung unter dem Vorbehalt der vollständigen Zahlung des Kaufpreises (§ 158 Abs. 1 BGB). Diese Bedingung ist nicht eingetreten. Damit ist A nicht Eigentümer des Violoncellos geworden. Auch E kann demnach nicht Eigentümerin geworden sein. Fraglich ist, ob L durch Übereignung von E gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB Eigentum an dem Cello erworben hat. Zwar haben sich E und L über den Eigentumsübergang am Cello geeinigt. Jedoch stand auch diese Einigung unter der Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung (§ 158 Abs. 1 BGB). Da L bislang erst 200 Euro gezahlt hat, ist die Bedingung nicht eingetreten. H ist nach wie vor Eigentümer des Violoncellos.

*Es ist vorzugswürdig, bei der Prüfung der Eigentumslage auf das Anwartschaftsrecht noch nicht im Einzelnen einzugehen. Die Frage der Entstehung eines Anwartschaftsrechts ist nämlich für das Eigentum nur dann von Bedeutung, wenn das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht erstarkt sein könnte. Das war hier nicht der Fall. Demnach sollte das Anwartschaftsrecht dort angesprochen werden, wo es auch von Bedeutung ist, nämlich beim Recht zum Besitz.*

#### II. Besitz des L

L ist auch Besitzer des Violoncellos.

#### III. Recht zum Besitz des L

Fraglich ist, ob L gem. § 986 BGB zum Besitz berechtigt ist. Ein schuldrechtliches Recht zum Besitz kann nicht bestehen, weil zwischen H und L keine schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen bestehen. Ein Recht zum Besitz könnte sich allein aus einem Anwartschaftsrecht des L als dinglichem Recht ergeben.<sup>1</sup>

Die Entstehung eines Anwartschaftsrechts setzt voraus, daß von einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der andere an der Entstehung des Rechts Beteiligte nicht mehr einseitig zu zerstören vermag.<sup>2</sup> Durch dingliche Einigung

<sup>1</sup> Ein von E abgeleitetes Recht zum Besitz (§ 986 Abs. 1 S. 2 BGB) kam hingegen nicht in Betracht, und zwar aus mehreren Gründen: Im Falle des § 986 Abs. 1 S. 2 BGB müßte E als mittelbare Besitzerin dazu befugt gewesen sein, das Violoncello dem L zu überlassen, hier also es unter Eigentumsvorbehalt weiterzueräußern (vgl. MünchKomm/Baldus, BGB, 5. Aufl. 2009, § 986 Rn. 4, 35). Das war aber nicht der Fall. Außerdem ist das Besitzrecht der E durch den Rücktritt des H gem. §§ 449 Abs. 2, 323, 346 Abs. 1 BGB erloschen.

<sup>2</sup> BGHZ 45, 186, 188 f.; 49, 197, 201.

und Übergabe der Kaufsache, wobei die Einigung durch die vollständige Zahlung des Kaufpreises bedingt ist, entsteht für den Erwerber ein derartiges Anwartschaftsrecht, weil das Eigentum bei Bedingungsseintritt auf den Erwerber übergeht und der Veräußerer den Eigentums-erwerb nicht mehr einseitig verhindern kann (vgl. § 161 Abs. 1 BGB).

Fraglich ist, ob L hier ein derartiges Anwartschaftsrecht erhalten hat. Dies ist insofern problematisch, als die Entstehung des Anwartschaftsrechts im Grundsatz voraussetzt, daß die Sache dem Veräußerer gehört, hier L das Anwartschaftsrecht aber allein durch Verfügung der E erlangt haben kann. Die Entstehung des Anwartschaftsrechts als eines wesensgleichen Minus zum Vollrecht (Eigentum) erfolgt analog den für die Übereignung geltenden Vorschriften der §§ 929 ff. BGB. Somit ist ein gutgläubiger Erwerb des Anwartschaftsrechts möglich, wenn der Erwerber den Veräußerer gutgläubig für den Eigentümer hält, wobei der maßgebliche Zeitpunkt für den guten Glauben der bedingten Einigung und der Übergabe ist. Hier könnte L analog §§ 929 S. 1, 932 BGB durch Verfügung der E ein Anwartschaftsrecht an dem Violoncello erworben haben. Wie schon geprüft, haben sich E und L bedingt über den Eigentumsübergang geeinigt, und E hat das Cello auch übergeben. E war aber nicht Eigentümerin des Cellos. Folglich kommt unter den Voraussetzungen des § 932 BGB ein gutgläubiger Erwerb des Anwartschaftsrechts in Betracht. L ging, ohne grob fahrlässig zu sein, davon aus, E sei Eigentümerin des Cellos. Er war mithin gutgläubig i.S.d. § 932 BGB. Das Cello ist auch nicht abhanden gekommen (§ 935 BGB). Demnach hat L gutgläubig ein Anwartschaftsrecht an dem Cello erworben.

*Hingegen hat E dem L nicht das von A geerbte (§ 1922 BGB) Anwartschaftsrecht übertragen. E und L gingen davon aus, daß E Eigentümerin sei. E hat als vermeintliche Eigentümerin verfügt. Demnach hat sie dem gutgläubigen L ein neues Anwartschaftsrecht verschafft, das von ihrem Anwartschaftsrecht unabhängig war. Der von H gegenüber E erklärte Rücktritt konnte das Anwartschaftsrecht des L daher nicht zu Fall bringen.*

Fraglich ist jedoch, ob dieses Anwartschaftsrecht ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB gewährt. Diese Frage ist umstritten. In der Literatur<sup>3</sup> wird dies teilweise bejaht, weil anderenfalls das Anwartschaftsrecht keine Nutzungsberechtigung gewähren würde. Außerdem stellt das Anwartschaftsrecht ein „wesensgleiches Minus“ zum Eigentum dar, das ein Recht zum Besitz gibt. Die Rechtsprechung<sup>4</sup> hingegen lehnt ein Recht zum Besitz aus dem Anwartschaftsrecht ab und gewährt dem Anwartschaftsberechtigten gegenüber der Herausgabeklage des Eigentümers aus § 985 BGB nur dann die Arglistenrede (§ 242 BGB – *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*), wenn der Eigentumserwerb unmittelbar bevorsteht. Dafür kann man anführen, daß das Anwartschaftsrecht im Verhältnis zum Eigentümer eine bloße Vorstufe zum Eigentumserwerb bildet und daher gegenüber dem gegenwärtigen Eigentümer keinen Herrschaftsanspruch gewähren kann.

Wenn man hier der Literaturansicht folgt, ist L aus dem Anwartschaftsrecht zum Besitz berechtigt. Nach der Rechtsprechung gewährt das Anwartschaftsrecht hingegen kein Recht zum Besitz, und auch die Einrede aus § 242 BGB greift nicht, weil L erst einen geringen Teil des Kaufpreises gezahlt hat. *Beide Ansichten sind mit entsprechender Begründung gleichermaßen vertretbar.*

#### **IV. Ergebnis**

Demnach Anspruch (+/-), je nach dem welcher Ansicht der Bearbeiter folgt.

<sup>3</sup> Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl. 2012, § 929 Rn. 41; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 47.

<sup>4</sup> BGHZ 10, 69, 72; ebenso MünchKomm/Baldus (Fn. 1), § 986 Rn. 9 f.

## B) Weitere Herausgabeansprüche von H gegen L

Sonstige Herausgabeansprüche bestehen nicht. § 861 BGB scheidet mangels verbotener Eigenmacht aus. § 1007 Abs. 1 BGB scheidet daran, daß L bei Besitzerwerb gutgläubig war. § 1007 Abs. 2 BGB scheidet daran, daß das Cello nicht abhanden gekommen ist. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB (Eingriffskondiktion) scheidet am Vorrang der Leistungsbeziehung zwischen E und L. L hat den Besitz an dem Cello aufgrund einer Leistung der E erhalten und ist nun nicht verpflichtet, die Sache an H herauszugeben.

## 2. Teil: Ansprüche des F gegen K auf Herausgabe des Kontrabasses

*Als vertragliche Anspruchsgrundlage kommt § 604 Abs. 4 BGB in Betracht. Danach kann der Entleiher (hier F) im Falle einer Gebrauchsüberlassung an einen Dritten (hier möglicherweise K) nach Beendigung der Leihe Rückgabe der Sache auch von dem Dritten (K) verlangen. Hier hat F (sollte er nicht nach § 604 Abs. 3 BGB zur jederzeitigen Rückforderung berechtigt gewesen sein) jedenfalls mit der Geltendmachung des Rückgabeanspruchs den Leihvertrag gekündigt, wozu er aufgrund des Todes des A nach § 605 Nr. 3 BGB berechtigt war. Fraglich ist jedoch, ob E dem K den Gebrauch an dem Kontrabaß überlassen hat. Nach dem Wortlaut ist dies wohl nicht der Fall, weil hier eine Veräußerung angestrebt war, keine ihrer Natur nach vorübergehende Gebrauchsüberlassung. Dann wäre der Anspruch zu verneinen. Andererseits könnte man argumentieren, daß in diesem Fall § 604 Abs. 4 BGB erst recht anwendbar sein müsse. Dann wäre der Anspruch im Grundsatz zu bejahen. Es wäre aber zu prüfen, ob K dem Anspruch nach § 242 BGB entgegenhalten könnte, daß F dem K den Kontrabaß sofort wieder zurückgeben müßte, weil K Eigentum erworben hat oder kurz davorsteht.<sup>5</sup> Dies ist aber nicht der Fall, weil K von E gar kein Anwartschaftsrecht erworben hat und daher gar kein Eigentum erwerben kann (s. unten A III). Demnach wäre der Anspruch zu bejahen, wenn man die Veräußerung einer Gebrauchsüberlassung gleichsetzt.*

## A) Anspruch des F gegen K auf Herausgabe des Kontrabasses aus § 985 BGB

F könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Kontrabasses aus § 985 BGB haben.

### I. Eigentum des F

F müßte Eigentümer des Kontrabasses sein. Ursprünglich war dies der Fall. Daran hat sich durch die Leihe an A und durch dessen Tod nichts geändert. Fraglich ist, ob durch die Vereinbarung zwischen E und K am 12.12.2011 eine Änderung der dinglichen Rechtslage eingetreten ist. E und K haben vereinbart, daß K angebliche aus dem Erwerb unter Eigentumsvorbehalt resultierende Rechte am Kontrabaß erhalten solle. Eine Übereignung war damit aber nicht verbunden. F ist nach wie vor Eigentümer des Kontrabasses.

### II. Besitz des K

K ist Besitzer des Kontrabasses.

### III. Recht zum Besitz des K

K könnte Recht zum Besitz haben, § 986 BGB. Mangels schuldrechtlicher Beziehung zwischen F und K kommt allein ein dingliches Recht zum Besitz aus einem möglichen Anwartschaftsrecht des K an dem Kontrabaß in Betracht.<sup>6</sup> Dann müßte K aufgrund der Abrede mit E gutgläubig ein Anwartschaftsrecht am Kontrabaß analog §§ 929 S. 1, 932 BGB erworben haben. K und E haben vereinbart, daß K alle Rechte, die A bzw. E aufgrund des (vermeintlichen) Eigentumsvorbehaltskaufs und der Ratenzahlungen an dem Kontrabaß erlangt hat, erwerben soll. Es sollte also das vermeintliche Anwartschaftsrecht des A bzw. jetzt der E an

<sup>5</sup> *Dolo agit qui petit quod statim redditurus est*, MünchKomm/Häublein, BGB, 6. Aufl. 2012, § 604 Rn. 9.

<sup>6</sup> Ein von E abgeleitetes Recht zum Besitz (§ 986 Abs. 1 S. 2 BGB) kam hingegen nicht in Betracht, weil E nicht dazu berechtigt war, den Kontrabaß dem K zu überlassen (§ 603 S. 2 BGB) oder zu veräußern und F den Leihvertrag außerdem inzwischen jedenfalls gekündigt hat (§ 605 Nr. 3 BGB).

dem Kontrabaß übertragen werden. Die Übertragung eines Anwartschaftsrechts richtet sich nach den Vorschriften über die Eigentumsübertragung; es werden also die §§ 929 ff BGB entsprechend angewendet. Allerdings bestand hier gar kein Anwartschaftsrecht, tatsächlich hatte A das Instrument ja nur bei F ausgeliehen. Ein gutgläubiger Zweiterwerb eines gar nicht, also auch nicht für einen anderen Inhaber existierenden Rechts ist nicht möglich. Da die Bedingung für den Erwerb des Vollrechts – im Unterschied zur Lage beim gutgläubigen Ersterwerb – niemals eintreten kann, wäre das Anwartschaftsrecht sinnenfremd.<sup>7</sup> K ist also nicht Inhaber eines Anwartschaftsrechts geworden. Er hat – unabhängig von der Frage, ob das Anwartschaftsrecht überhaupt ein Recht zum Besitz gewährt – kein Recht zum Besitz gegenüber F.

#### **IV. Ergebnis**

F hat gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Kontrabasses aus § 985 BGB.

#### **D) Weitere Herausgabeansprüche von F gegen K**

Sonstige Herausgabeansprüche bestehen nicht. § 861 BGB scheidet mangels verbotener Eigenmacht aus. § 1007 Abs. 1 BGB scheidet daran, daß K bei Besitzerwerb von irgendeinem Besitzrecht des F nichts wußte und ihm insoweit auch keine grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, so daß er gutgläubig war. § 1007 Abs. 2 BGB scheidet daran, daß das Cello nicht abhanden gekommen ist. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB (Eingriffskondiktion) scheidet am Vorrang der Leistungsbeziehung zwischen E und K. K hat den Besitz an dem Kontrabaß aufgrund einer Leistung der E erhalten und ist nun nicht verpflichtet, die Sache an F herauszugeben.

#### **Zusatzfrage:**

Fraglich ist, ob hinsichtlich des Herausgabeanspruchs des H gegen L wegen des Violoncellos aus § 985 BGB ein Unterschied gegenüber dem Ausgangsfall besteht, wenn L sofort den Restkaufpreis von 2800 Euro zahlt. Durch die Zahlung könnte H sein Eigentum am Cello verloren und L Eigentümer geworden sein. Ein Anwartschaftsrecht erstarkt zum Vollrecht (Eigentum), wenn die Bedingung des § 158 Abs. 1 BGB eintritt, wenn der Anwartschaftsberechtigte also die letzte Kaufpreisrate zahlt. Hier ist durch die Zahlung des Restkaufpreises die zwischen E und L vereinbarte Bedingung eingetreten (§ 158 Abs. 1 BGB). Damit erstarkt das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht. Daß L zu diesem Zeitpunkt schon wußte, daß F nicht Eigentümer des Cellos war, ist unbeachtlich, denn der für den guten Glauben maßgebliche Zeitpunkt ist der der bedingten Einigung und der Übergabe.<sup>8</sup> Da L nunmehr Eigentümer des Cellos ist, besteht kein Anspruch des H gegen L auf Herausgabe des Cellos aus § 985 BGB.

Auch sonstige Ansprüche bestehen nicht.

Fraglich ist, ob hinsichtlich des Herausgabeanspruchs des F gegen K wegen des Kontrabasses aus § 985 BGB ein Unterschied gegenüber dem Ausgangsfall besteht, wenn K den Restkaufpreis von 2100 Euro zahlt. Dadurch könnte auch K Eigentum erwerben. Das Erstarken eines Anwartschaftsrechts zum Vollrecht setzt aber voraus, daß vorher überhaupt ein Anwartschaftsrecht bestanden hatte. Das war hier nicht der Fall. Folglich kann auch durch Restkaufpreiszahlung kein Eigentumserwerb eintreten. Bei dem Herausgabeanspruch des F gegen K treten also hier keine Abweichungen gegenüber dem Ausgangsfall auf.

<sup>7</sup> Kropholler, Studienkommentar BGB, 13. Aufl. 2011, § 929 Rn. 16.

<sup>8</sup> BGHZ 10, 69, 73 f.