

von sehr kurzer Dauer gewesen ist, nicht gegen § 14 II 2 TzBfG.<sup>20</sup>

Die Beschäftigung der U bei T liegt bereits acht Jahre und zwei Monate zurück. Bei einer durchschnittlichen Arbeitszeit eines Menschen von etwa vierzig Jahren und unter Beachtung des gesetzgeberischen Willens handelt es sich zwar um ein durchaus beträchtliches, aber nicht „sehr langes“ Zurückliegen der Vorbeschäftigung, welches eine Ausnahme rechtfertigen würde.<sup>21</sup> Allerdings war U bei ihrer ersten Tätigkeit als „Junior-Beraterin“ und nun als „Senior-Beraterin“ tätig. Zwar steigt bei größeren zu beratenden Unternehmen die Verantwortung. Dennoch ändert sich der Kern der Tätigkeit nicht und bleibt in der Sache vergleichbar. Es handelt sich daher auch nicht um eine anders gelagerte Art der Beschäftigung. Schließlich war U mit zwei Jahren auch nicht nur von kurzer Dauer für T tätig.

Die Befristung verstößt daher gegen § 14 II 2 TzBfG und ist somit unwirksam.

Hinweis: AA vertretbar.<sup>22</sup>

## VI. Ergebnis

Die Befristungskontrollklage der U ist mithin begründet und das Arbeitsverhältnis zwischen U und T endet nicht zum 28.2.2023. Vielmehr gilt der befristete Arbeitsvertrag nach § 16 S. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen.



Direkt zum Bewertungsbogen:

20 BVerfG NJW 2018, 2542 Rn. 63.

21 Bei acht Jahren ein „sehr langes“ Zurückliegen der Vorbeschäftigung ablehnend BAGE 165, 116 = NZA 2019, 700 Rn. 26.

22 ErfK/Müller-Glöge, 24. Aufl. 2024, TzBfG § 14 Rn. 98.

PROF. DR. THOMAS HOEREN UND WISS. MITARBEITER PHILIP MAYER\*

# Fortgeschrittenenklausur – Zivilrecht: Sachenrecht – Begehrte Ausschussware

Die umfangreiche Fortgeschrittenenklausur beschäftigt sich im Schwerpunkt mit sachenrechtlichen Problemen des Anwartschaftsrechts. Von Studierenden wird einerseits der Umgang mit Standardproblemen wie dem Anwartschaftsrecht als Recht zum Besitz oder der Abtretbarkeit des Vindikationsanspruchs erwartet. Andererseits ist auch ein systematisches Verständnis für die Verknüpfung des Allgemeinen Teils mit dem Sachenrecht gefordert. In Aufgabe 2 ist mit der analogen Anwendung der §§ 987 ff. BGB auf den Anwartschaftsberechtigten eine Transferleistung zu erbringen. Der Sachverhalt ist in Teilen angelehnt an die Erzählung „Gehen“ von Thomas Bernhard aus dem Jahr 1971.

## Sachverhalt

### Ausgangsfall

Bekleidungsgrößhändlerin A verkauft im März 2023 einen großen Bestand an tschechoslowakischer Ausschussware, die sie im Jahr 1991 auf einem Großmarkt in Prag erworben hat. A ist sich schnell mit B einig geworden, dass B die gesamte Ausschussware für eine Gesamtsumme von 10.000 Euro erwerben soll. Da die Geschäfte von B in der Vergangenheit nicht immer gut liefen, vereinbart B mit A eine Anzahlung von 8.000 Euro. Der Restbetrag soll durch zwei Raten in Höhe von jeweils 1.000 Euro, fällig zum 3.4. und 31.5., erbracht werden. A und B einigen sich darüber, dass A bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung des B Eigentümerin der Ware bleibt. B könne die Ware aber ruhig schon mitnehmen. Nachdem B die vereinbarten 8.000 Euro an A gezahlt hat, verläßt er die Ware und fährt nach Hause.

Am 17.5. kommt C, die ihrerseits ein Faible für tschechoslowakische Ausschussware hat, in das Geschäft der A. C erkundigt sich nach der Ausschussware und bekundet ihr ausgeprägtes Interesse an dem Kauf. C signalisiert A auch, dass sie bereit ist, die von A geforderten 10.000 Euro sofort in bar zu zahlen. A bereut nunmehr das Geschäft mit B und hätte den Betrag von 10.000 Euro gerne sofort. A kommt daher die Idee, sich finanziell auf die Sprünge zu helfen. A behauptet

gegenüber C, dass die Ware bei B lediglich eingelagert sei. C könne sich die Ware problemlos bei B abholen. Als Eigentümerin könne sie (A) schließlich jederzeit die Herausgabe der Ware verlangen. A würde ihr (C) alle Ansprüche auf Herausgabe gegenüber B abtreten. A und C werden sich einig und C zahlt den vollen Kaufpreis iHv 10.000 Euro für die Ausschussware. A erwähnt gegenüber C mit keinem Wort den vorherigen Verkauf an B. Stattdessen lässt A die C in dem Glauben, dass die Ausschussware bei B eingelagert sei. Am 30.5. macht sich C auf den Weg zu B, um die Ausschussware abzuholen. C verlangt unter Verweis auf das Geschäft mit A die Herausgabe der tschechoslowakischen Ausschussware. B ist verwundert, dass C ihn für den Lageristen der A hält. B erklärt C, dass er einen kleinen Laden betreibe und schon länger Geschäftsbeziehungen zu A pflege. Die Ware, die C herausfordere, gehöre ihm bereits seit März. Er habe die Ware zu dieser Zeit bei A für seinen Laden gekauft. C entgegnet, wer Ware unter Eigentumsvorbehalt kaufe, erwerbe gar keine Rechtsposition. Zumindest könne B nicht Eigentümer der Sache sein, bis die letzte Rate des Kaufpreises gezahlt wurde.

\* Der Autor Hoeren ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) an der Universität Münster; der Autor Mayer ist Wiss. Mitarbeiter ebenda. – Die Klausur wurde als Abschlussklausur im Sommersemester 2023 an der Universität Münster gestellt. – Zu dieser Klausur gibt es einen Klausurbewertungsbogen auf [www.JuS.de](http://www.JuS.de).



Jedenfalls habe sie von einem vorherigen Verkauf nichts gewusst. C ging davon aus, dass B lediglich der Lagerist der A sei.

#### Frage 1

- Kann C von B am 30.5.2023 die Herausgabe der Ausschussware verlangen?
- Wird B mit Zahlung der letzten Rate am 31.5.2023 Eigentümer der Ausschussware?

#### Abwandlung

Zu Hause angekommen und erfreut über sein Geschäft mit A, lässt B die tschechoslowakische Ausschussware zunächst auf seinem Anhänger liegen. Anfang April 2023, als die zwei Raten in Höhe von jeweils 1.000 Euro noch ausstehen, sieht H die Kleider- und Textilensammlung auf dem Anhänger des B liegen. Er hält die Ware für erstklassige englische Stoffe. H denkt nicht lange nach und entwendet unbeobachtet die gesamte tschechoslowakische Ausschussware vom Anhänger des B, um sie später zu verkaufen. Durch ein grob fahrlässiges Missgeschick des H verbrennt jedoch die gesamte Ausschussware, bevor H sie verkaufen kann.

Frage 2: Welche Ansprüche hat B gegen H wegen der Zerstörung der Ausschussware?

*Bearbeitervermerk:* Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachterlich – einzugehen. Normen des HGB sind nicht zu prüfen. Ansprüche aus §§ 812 ff. BGB und §§ 677–687 BGB sind nicht zu prüfen.

## Gliederung

Frage 1a: Anspruch der C gegen B am 30.5.2023 auf Herausgabe der Ausschussware – § 985 BGB

- Eigentum der C
  - Eigentumserwerb des B von A gem. § 929 S. 1 BGB im März 2023
  - Eigentumserwerb der C von A am 17.5. gem. § 929 S. 1 BGB
  - Eigentumserwerb der C von A am 17.5. gem. §§ 929 S. 1, 931 BGB
    - Einigung
    - Ein Dritter im Besitz der Sache, § 931 BGB
    - Abtretung eines Herausgabeanspruchs, § 931 BGB
      - Herausgabeanspruch der A gegen B
      - Wirksame Abtretung nach §§ 413, 398 S. 1 BGB
    - Berechtigung des Veräußerers
    - Zwischenergebnis
- B als Besitzer
- Kein Recht zum Besitz
  - Obligatorisches Besitzrecht
  - Dingliches Besitzrecht aus dem Anwartschaftsrecht
- Ergebnis

Frage 1b: Eigentumserwerb des B gem. §§ 929 S. 1, 158 I BGB durch Zahlung der letzten Rate

- Schutz des aufschiebend bedingt Berechtigten vor Zwischenverfügungen des Noch-Berechtigten gem. § 161 I 1 BGB
- Gutgläubiger lastenfreier Erwerb der C gem. §§ 161 III, 931, 934 Var. 1 BGB
  - Einigung
  - Nichtberechtigung des Veräußerers
  - Besitzlage als Trägerin des Rechtscheins, § 934 Var. 1 BGB
  - Gutgläubigkeit der C
  - Kein Abhandenkommen gem. § 935 I BGB
  - Einschränkung des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs analog § 936 III BGB
- Ergebnis

Frage 2: Ansprüche des B gegen H wegen der Zerstörung der Ausschussware

- §§ 989, 990 I BGB
- §§ 989, 990 I BGB analog
  - Anwendbarkeit
  - Vindikationslage: B gegen H, § 985 BGB analog
  - Bösgläubigkeit des H
  - Untergang der Sache
  - Verschulden
  - Rechtsfolge
- § 992 BGB analog iVm § 823 I, II BGB
  - Vindikationslage: B gegen H, § 985 analog
  - Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat
  - Rechtsgrundverweis auf §§ 823 ff. BGB
    - § 823 I BGB
    - § 823 II BGB iVm § 242 I StGB
    - § 823 II iVm § 858 I BGB
  - Ergebnis

## Lösung

### Frage 1 a: Anspruch der C gegen B am 30.5.2023 auf Herausgabe der Ausschussware – § 985 BGB

C kann die Ausschussware von B herausverlangen, wenn sie einen Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB gegen B hat. Erforderlich hierfür ist, dass C Eigentümerin und B Besitzer der Ausschussware ohne ein Recht zum Besitz gegenüber C ist.

#### A. Eigentum der C

Ursprünglich war A Eigentümerin der Ausschussware.

#### I. Eigentumserwerb des B von A gem. § 929 S. 1 BGB im März 2023

B könnte gem. § 929 S. 1 BGB im März 2023 durch die Einigung mit A Eigentum an der Ausschussware erlangt haben. A und B haben sich über den Eigentumsübergang an der tschechoslowakischen Ausschussware geeinigt. Die Einigung steht unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung gem. §§ 158 I, 929 S. 1 BGB (Eigentumsvorbehalt). B schuldet A noch die letzte Rate iHv 1.000 Euro, so dass die aufschiebende Bedingung noch nicht eingetreten ist und die für die Übereignung erforderliche Einigung noch nicht wirksam ist.

Mangels Bedingungseintritts gem. § 158 I BGB fehlt es an einer wirksamen Einigung. B hat kein Eigentum an der Ausschussware erworben.

#### II. Eigentumserwerb der C von A am 17.5. gem. § 929 S. 1 BGB

C könnte von A am 17.5. Eigentum gem. § 929 S. 1 BGB erlangt haben. A und C haben sich über den Eigentumsübergang an der Ausschussware geeinigt. Nach § 929 S. 1 BGB muss A die Sache an C übergeben haben. Voraussetzung dafür ist die beidseitig gewollte Übertragung des Besitzes vom Veräußerer auf den Erwerber.<sup>1</sup> A hat am 17.5. nicht

<sup>1</sup> Wellenhofer SachenR, 37. Aufl. 2022, § 7 Rn. 7.



mehr die tatsächliche Sachherrschaft nach § 854 I BGB und kann daher den unmittelbaren Besitz nicht auf C übertragen. Eine Eigentumsübertragung von A an C gem. § 929 S. 1 BGB hat daher mangels Übergabe nicht stattgefunden.

### III. Eigentumserwerb der C von A am 17.5. gem. §§ 929 S. 1, 931 BGB

C könnte das Eigentum von A jedoch am 17.5. gem. §§ 929 S. 1, 931 BGB erlangt haben.

#### 1. Einigung

Eine Einigung über den Eigentumsübergang von A an C am 17.5. liegt vor.

#### 2. Ein Dritter im Besitz der Sache, § 931 BGB

Gemäß § 931 BGB muss ein Dritter im Besitz der Sache sein. B hatte als Dritter am 17.5. die tatsächliche Sachherrschaft über die Anschlussware und war somit unmittelbarer Besitzer.

#### 3. Abtretung eines Herausgabeanspruchs, § 931 BGB

A muss C ihren Herausgabeanspruch gegen B hinsichtlich der Ausschussware abgetreten haben, § 398 S. 1 BGB.

##### a) Herausgabeanspruch der A gegen B

Dafür muss A einen Herausgabeanspruch gegen B hinsichtlich der Ausschussware haben.

aa) *Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.* Ein solcher könnte sich aus § 985 BGB ergeben. A ist mangels Eintritts der aufschiebenden Bedingung weiterhin Eigentümerin der Ausschussware und B ist Besitzer der Ausschussware. Der Anspruch aus § 985 BGB muss allerdings abtretbar sein.

Einerseits wird vertreten, dass es sich nur um einen Anspruch handeln muss, der dem Eigentümer das Recht gewährt, die Sache in Besitz zu nehmen und in seine Verfügungsgewalt zu bringen, und dessen Abtretung dem Zessionar die Ausübung eines gleichen Rechtes ermöglicht. Der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB würde diese Voraussetzungen erfüllen. Für diese Ansicht spricht, dass der historische BGB-Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien von der Abtretbarkeit ausgegangen ist.<sup>2</sup> Dagegen spricht jedoch, dass § 931 BGB nicht die Abtretung der Vindikation meint. Vielmehr zielt die Vorschrift auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs aus dem Besitzmittlungsverhältnis ab.<sup>3</sup> Gegen eine selbstständige Abtretbarkeit des Vindikationsanspruchs spricht einerseits, dass der dingliche Anspruch nicht von seinem Stammrecht, also dem Eigentum, getrennt werden kann, weil er dieses verwirklichen soll.<sup>4</sup> Nähme man eine Abtretbarkeit an, wäre § 986 II BGB aus systematischer Sicht sinnlos, da die dort ausgesprochene Drittwirkung von Einwendungen schon aus §§ 413, 404 BGB folgen würde.<sup>5</sup> Der Übergang des Eigentumsanspruchs ist schließlich eine Konsequenz des Eigentumsübergangs und nicht dessen Voraussetzung.<sup>6</sup> § 985 BGB ist damit nicht abtretbar, so dass dadurch auch nicht das Übergabesurrogat des § 931 BGB verwirklicht werden kann.

(2) *Künftiger Herausgabeanspruch aus §§ 346 I, 449 II, 323 BGB.* Ein Herausgabeanspruch könnte sich aus §§ 346 I, 449 II, 323 BGB ergeben. B ist seiner Verpflichtung zur Ratenzahlung stets nachgekommen. Im Rahmen der Einigung über die Abtretung nach § 398 S. 1 BGB genügt indes auch ein künftiger Herausgabeanspruch, sofern der Anspruch und der Erwerber bestimmbar sind.<sup>7</sup> Der künftige Anspruch aus §§ 346 I, 449 II, 323 BGB ist auch dann abtretbar, wenn die Rücktrittsvoraussetzungen noch nicht vorliegen.<sup>8</sup>

(3) *Zwischenergebnis.* Sowohl der (künftige) Herausgabeanspruch als auch B als Besitzer sind hier bestimmbar. Demnach besteht ein Herausgabeanspruch des A nach §§ 346 I, 449 II, 323 BGB.

#### b) Wirksame Abtretung nach §§ 413, 398 S. 1 BGB

Die Voraussetzungen nach §§ 413, 398 S. 1 BGB sind gegeben; die Abtretung ist wirksam.

#### 4. Berechtigung des Veräußerers

A ist mangels Bedingungseintritts (§ 158 I BGB) weiterhin verfügungsbefugte Eigentümerin.

#### 5. Zwischenergebnis

C hat am 17.5. Eigentum an der Ausschussware gem. §§ 929 S. 1, 931 BGB erworben.

#### B. B als Besitzer

B ist unmittelbarer Fremdbesitzer, § 854 I BGB.

#### C. Kein Recht zum Besitz

B könnte aus dem Kaufvertrag mit A ein Recht zum Besitz gegenüber C, § 986 I BGB zustehen. Der Kaufvertrag entfaltet nur relative Wirkung zwischen den Parteien, weswegen sich B darauf nicht berufen kann.

#### I. Obligatorisches Besitzrecht

B könnte indes ein obligatorisches Besitzrecht aus der Abrede mit A über den Eigentumsvorbehalt zustehen.<sup>9</sup> Wegen des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse wirken schuldrechtliche Abreden nur *inter partes*. Allerdings kann gem. § 986 II BGB der Besitzer einer Sache, die nach § 931 BGB durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Demnach kann B C als neuen Eigentümer der Ausschussware sein Recht zum Besitz aus der Abrede mit A entgegenhalten.

2 MüKoBGB/Oechsler, 9. Aufl. 2023, BGB § 931 Rn. 11.

3 Didaktisch aufbereitet bei Meier/Jocham JuS 2017, 1155 (1157).

4 BGH NJW-RR 2013, 1168.

5 MüKoBGB/Baldus, 9. Aufl. 2023, BGB Vor § 985 Rn. 80.

6 Staudinger/Heinze, 2020, BGB § 931 Rn. 13.

7 Baur/Stürner SachenR, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 38; MüKoBGB/Oechsler, 9. Aufl. 2023, BGB § 931 Rn. 16.

8 BGHZ 176, 86 = NJW 2008, 1803 = JZ 2008, 1050 mAnm Jacoby.

9 Siehe dazu BeckOGK/Spohnheimer, 1.5.2023, BGB § 986 Rn. 35.



## II. Dingliches Besitzrecht aus dem Anwartschaftsrecht

B könnte C auch sein an der Ausschussware bestehendes Anwartschaftsrecht als dingliches Besitzrecht entgegenhalten.

Dafür muss ein solches Anwartschaftsrecht an der Ausschussware zugunsten des B bestehen. Ein Anwartschaftsrecht entsteht, wenn von einem mehraktigen Erwerbstatbestand bereits so viele Merkmale verwirklicht wurden, dass die Entstehung des Rechts nicht mehr einseitig durch den Veräußerer verhindert werden kann.<sup>10</sup> Mit der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts wurde ein Anwartschaftsrecht zugunsten des B an der Ausschussware begründet, da A das Erstarcken zum Vollrecht durch Kaufpreiszahlung nicht mehr einseitig verhindern kann.

*Hinweis:* Eine aA ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

Das Anwartschaftsrecht des B muss ihm allerdings auch ein Besitzrecht verleihen.

Dafür könnte sprechen, dass es sich bei dem Anwartschaftsrecht um ein wesensgleiches Minus zum Vollrecht Eigentum handelt. Außerdem wäre ohne dingliches Besitzrecht die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs des Anwartschaftsrechts entwertet, wenn der Anwartschaftsberechtigte die Sache an den Noch-Eigentümer herausgeben müsste und mit der Erfüllung der Bedingung Eigentümer und Vindikationsanspruchsinhaber würde.<sup>11</sup>

Andererseits könnte der Anwartschaftsrechtsinhaber auch ohne dingliches Besitzrecht ausreichend geschützt sein. Das Anwartschaftsrecht soll den Inhaber schützen und dessen Eigentumserwerb sichern.<sup>12</sup> In der Regel kann aufgrund des § 161 I BGB der Anwartschaftsrechtsinhaber den Eigentumserwerb durch die Erfüllung der Bedingung nach § 158 I BGB selbstständig herbeiführen. Es bedarf daher keines darüberhinausgehenden Schutzes. Die Funktion des Anwartschaftsrechts, den Vollrechtserwerb zu sichern, kann auch so erfüllt werden. Die dinglichen Befugnisse des Noch-Eigentümers sollen das Anwartschaftsrecht dagegen nicht einschränken.<sup>13</sup> In Ausnahmefällen des gutgläubigen Erwerbs eines Anwartschaftsrechts besteht außerdem die Möglichkeit eines Dolo-agit-Einwands nach § 242 BGB.<sup>14</sup>

*Hinweis:* Eine aA ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

## D. Ergebnis

C hat wegen des Besitzrechts des B keinen Anspruch gegen B auf Herausgabe gem. § 985 BGB.

### Frage 1 b: Eigentumserwerb des B gem. §§ 929 S. 1, 158 I BGB durch Zahlung der letzten Rate

B könnte mit Zahlung der letzten Rate am 31.5. Eigentümer der Ausschussware geworden sein. Mit Zahlung der letzten Rate tritt die aufschiebende Bedingung nach § 158 I BGB ein, so dass eine wirksame Einigung iSd § 929 S. 1 BGB zwischen A und B besteht. Fraglich ist aber, welche Aus-

wirkungen die zwischenzeitlich erfolgte Eigentumsübertragung an der Ausschussware von A an C hat.

### A. Schutz des aufschiebend bedingt Berechtigten vor Zwischenverfügungen des Noch-Berechtigten gem. § 161 I 1 BGB

C könnte das Eigentum in der Folgezeit aufgrund der Zahlung der letzten Rate am 31.5. an B verloren haben. Durch die Zahlung des B könnte die aufschiebende Bedingung eingetreten sein. Gemäß § 161 I 1 BGB ist jede Verfügung, die während der Schwebezeit vom ursprünglichen Eigentümer über den Gegenstand getroffen wurde, unwirksam. Eine Verfügung ist jede Aufhebung, Übertragung, Belastung oder Inhaltsänderung eines Rechts. A hat das Eigentum an der Ausschussware an C übertragen.<sup>15</sup> Er hat also eine Verfügung vorgenommen. Mit Bedingungseintritt wird diese demnach gem. § 161 I 1 BGB unwirksam, so dass B mit Zahlung der letzten Rate wirksam das Eigentum an der Ausschussware erworben haben könnte.

### B. Gutgläubiger lastenfrier Erwerb der C gem. §§ 161 III, 931, 934 Var. 1 BGB

Das Anwartschaftsrecht des B könnte jedoch bereits am 17.5. untergegangen sein, so dass eine Erstarckung des Anwartschaftsrecht zum Vollrecht am 31.5. nicht mehr möglich war. Dies ist der Fall, wenn C gem. §§ 161 III, 931, 934 Var. 1 BGB gutgläubig lastenfrier das Eigentum an der Ware erworben hat. Gemäß § 161 III BGB finden die Vorschriften, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung.<sup>16</sup> C könnte das Eigentum an der Ausschussware von A bedingungsfrier iSd §§ 929 S. 1, 931, 934 Var. 1 BGB erworben haben, so dass B mangels weiterbestehenden Anwartschaftsrechts kein Eigentum durch die Herbeiführung der Bedingung nach §§ 929 S. 1, 158 I BGB erlangen konnte.

### I. Einigung

A und C haben sich über die Abtretung des Herausgabeanspruchs und die Übertragung des Eigentums an C am 17.5. geeinigt.

### II. Nichtberechtigung des Veräußerers

Die Zwischenverfügung der A wird gem. § 161 I BGB durch den Eintritt der Bedingung unwirksam.<sup>17</sup>

### III. Besitzlage als Trägerin des Rechtscheins, § 934 Var. 1 BGB

A muss als Veräußerer bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs mittelbarer Besitzer gewesen sein. Bei einem Ei-

10 Wellenhofer SachenR, 37. Aufl. 2022, § 14 Rn. 12.

11 BeckOGK/Spohnheimer, 1.5.2023, BGB § 986 Rn. 12.1.

12 MüKoBGB/Baldus, 9. Aufl. 2023, BGB § 986 Rn. 21.

13 BeckOGK/Spohnheimer, 1.5.2023, BGB § 986 Rn. 12.2.

14 BGHZ 10, 69 = NJW 1953, 1099 (1100).

15 BGHZ 101, 24 = NJW 1987, 3177 = JuS 1988, 568 (Karsten Schmidt).

16 Auf welche Norm § 161 III BGB verweist ist zwar umstritten, aber ohne praktische Auswirkungen. Für den Streitstand siehe BeckOGK/Klinck, 1.5.2023, BGB § 936 Rn. 11.

17 Ob die Zwischenverfügung unwirksam ist oder unter einer auflösenden Bedingung steht, ist umstr. Siehe BeckOGK/Reymann, 1.7.2023, BGB § 161 Rn. 39.



gentumsvorbehalt nach § 449 I BGB erhält der Vorbehaltskäufer die tatsächliche Sachherrschaft und ist deswegen unmittelbarer Fremdbesitzer. Der Vorbehaltsverkäufer bleibt aber mittelbarer Eigenbesitzer, § 868 BGB. Folglich war A bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs mittelbarer Besitzer. Mit der Abtretung ist der mittelbare Besitz des A gem. § 870 BGB auf C übergegangen.

#### IV. Gutgläubigkeit der C

C geht davon aus, dass B nur Lagerist der A ist; von der vorherigen Verfügung der A über die Ware hat C keine Kenntnis und auch keine grob fahrlässige Unkenntnis, § 932 II BGB. C war somit gutgläubig.

#### V. Kein Abhandenkommen gem. § 935 I BGB

Zudem ist die Sache weder dem Eigentümer A, noch dem mittelbaren Besitzer B abhandengekommen, § 935 I 2 BGB. Der gutgläubige Erwerb war mithin nicht gem. § 935 I 1 BGB ausgeschlossen.

Damit liegen die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs dem Grunde nach vor, so dass C das Eigentum gutgläubig bedingungsfrei erworben haben könnte.

#### VI. Einschränkung des gutgläubigen lastenfrien Erwerbs analog § 936 III BGB

Der gutgläubige Erwerb der C könnte indes analog § 936 III BGB eingeschränkt sein. Nach § 936 III BGB erlischt das Recht auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht, wenn es im Fall des § 931 BGB dem dritten Besitzer zusteht. Diese Vorschrift gilt entsprechend für den Anwartschaftsberechtigten. Die planwidrige Regelungslücke resultiert aus dem Schutzbedürfnis des Anwartschaftsberechtigten vor dem zwischenverfügenden (Noch-)Eigentümer, da § 936 III BGB unmittelbar nur für absolute Rechte gilt.<sup>18</sup> Das Gesetz soll auf diesem Wege verhindern, dass der durch den mittelbaren Besitz des Veräußerers begründete Rechtsschein sich gerade gegen denjenigen richtet, der dem Veräußerer diese Rechtsscheinposition vermittelt.<sup>19</sup> Ein unmittelbarer Besitzer wie B, der ein dingliches Recht an der Sache hat, steht der Sache näher und ist schutzwürdiger als der Erwerber, da Letzterer vom Besitz des Ersteren weiß und daher auch damit rechnen muss, dass diesem ein Recht an der Sache zusteht. Das gilt auch für das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, so dass die für eine Analogie erforderliche vergleichbare Interessenlage besteht. Der besitzende Anwartschaftsberechtigte ist somit nach § 936 III BGB gegen weitere Verfügungen des Verkäufers und Vorbehaltseigentümers geschützt. Demnach ist das Anwartschaftsrecht des B gegenüber C nicht erloschen.

#### D. Ergebnis

Da C die Ware nicht lastenfrei erworben hat, ist das Anwartschaftsrecht des B gegenüber C nicht erloschen. Mit der Zahlung der letzten Rate am 31.5. ist die aufschiebende Bedingung eingetreten, so dass die Verfügung von A an C gem. § 161 I 1 BGB unwirksam wurde. Demnach ist zu diesem Zeitpunkt das Anwartschaftsrecht des B zum Voll-

recht erstarkt. B ist gem. §§ 929 S. 1, 158 I BGB Eigentümer der Anschlussware.

#### Frage 2: Ansprüche des B gegen H wegen der Zerstörung der Ausschussware

##### A. §§ 989, 990 I BGB

Eine unmittelbare Anwendung der §§ 989, 990 I BGB scheidet aus, da B im Zeitpunkt der Schädigungshandlung des H mangels Bedingungseintritts offenkundig nicht Eigentümer der Ausschussware war.

##### B. §§ 989, 990 I BGB analog

B könnte gegen H einen Anspruch auf Schadensersatz analog §§ 989, 990 I BGB haben.

#### I. Anwendbarkeit

Grundsätzlich finden die §§ 987 ff. BGB nur im EBV Anwendung. B ist aber im Moment des Schadensereignisses nicht Eigentümer der Ausschussware, sondern Inhaber eines Anwartschaftsrechts. Fraglich ist daher, ob die §§ 985 ff. BGB analog auf die Situation anzuwenden sind, in der bewegliche Sachen zerstört werden, an denen ein Anwartschaftsrecht besteht. Dafür müssen eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage bestehen.

Gegen die Annahme einer Regelungslücke könnte § 1007 III 2 BGB angeführt werden. Danach finden die Vorschriften der §§ 986–1003 BGB entsprechende Anwendung.<sup>20</sup>

Andererseits findet § 1007 III 2 BGB keine Anwendung, wenn ein Besitzmittler die Sache unbefugt weiterverleiht. In einem solchen Fall liegt nur eine Abschwächung des mittelbaren Besitzes, aber kein Besitzverlust beim Vorbehaltskäufer vor.<sup>21</sup>

Gegen die Annahme einer vergleichbaren Interessenlage lässt sich das Wesen des Anwartschaftsrechts als bloßes Minus zum Eigentum anführen, dem nicht ohne besondere Begründung derselbe Schutz wie das Vollrecht zukommen soll.<sup>22</sup> Zudem würde die Annahme einer Analogie dazu führen, dass sich der unberechtigte Besitzer zwei vindikatorischen Ansprüchen ausgesetzt sähe: zum einen den Ansprüchen des Anwartschaftsberechtigten und zum anderen denjenigen des Eigentümers.<sup>23</sup> Für eine vergleichbare Interessenlage spricht dagegen die Funktion des Anwartschaftsrechts, dem Inhaber einen eigentumsähnlichen Schutz zukommen zu lassen. Aufgrund der Wesensgleichheit von Anwartschaftsrecht und Eigentum sind die §§ 985 ff. BGB entsprechend anzuwenden.

*Hinweis:* Eine aA ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Dann sind Ansprüche aus §§ 986 ff. iVm § 1007 III 2 BGB und §§ 823 I, 823 II iVm § 858 I BGB bzw. § 242 StGB zu prüfen.

<sup>18</sup> Wiegand JuS 1974, 201 (211).

<sup>19</sup> Wiegand JuS 1974, 201 (210 f.).

<sup>20</sup> MüKoBGB/Baldus, 9. Aufl. 2023, BGB § 985 Rn. 7.

<sup>21</sup> Staudinger/Thole, 2019, BGB Vor §§ 985 ff. Rn. 15.

<sup>22</sup> BeckOGK/Spohnheimer, 1.5.2023, BGB § 985 Rn. 45.1

<sup>23</sup> BeckOGK/Spohnheimer, 1.5.2023, BGB § 985 Rn. 45.1.



## II. Vindikationslage: B gegen H, § 985 BGB analog

B war im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses Anwartschaftsberechtigter und H unmittelbarer Besitzer ohne Recht zum Besitz. Eine Vindikationslage iSd analog angewendeten § 985 BGB im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bestand also.

## III. Bösgläubigkeit des H

H hatte bei Besitzerlangung Kenntnis (§ 932 II BGB) von seiner fehlenden Berechtigung und war daher bösgläubig, § 990 I 1 BGB analog.

## IV. Untergang der Sache

Durch den Brand wurde die Sachsubstanz der herauszugebenden Ausschussware völlig vernichtet, diese ist mithin analog § 989 BGB untergegangen.

## V. Verschulden

Die Zerstörung der Ausschussware muss infolge des Verschuldens des H erfolgt sein, § 989 BGB analog. Zeitlicher Bezugspunkt des Verschuldens ist die Zerstörung der Sache. Nach § 276 I BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. H hat den Brand grob fahrlässig (§ 276 II BGB) verursacht und die Zerstörung demnach zu vertreten.

## VI. Rechtsfolge

Schließlich muss ein kausaler und ersatzfähiger Schaden iSd §§ 249 ff. BGB entstanden sein. Da eine Naturalrestitution gem. § 249 I BGB durch Herstellung des ursprünglichen Zustands wegen der irreparablen Zerstörung der Sache ausgeschlossen ist, kommt gem. § 251 I Var. 1 BGB nur ein Ausgleich in Geld in Betracht.

Problematisch könnte dabei sein, dass sowohl der Eigentümer als auch der Anwartschaftsrechtsinhaber Schadensersatz verlangen können. Es stellt sich daher insbesondere die Frage, in welchem Verhältnis die jeweiligen Ansprüche zueinander stehen.

Es könnte dem Vorbehaltskäufer der gesamte Schadensersatzanspruch zustehen. Dieser hat denn vollständigen Kaufpreis zu entrichten, so dass dieser bei Bedingungeintritt auch das volle Interesse an der Entschädigung hat.<sup>24</sup> Dadurch bliebe jedoch das Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers gänzlich unberücksichtigt. Würde der Vorbehaltskäufer den Schadensersatz in voller Höhe nicht in die Reparatur der Sache einbringen, hätte der Vorbehaltsverkäufer bei einer Insolvenz des Käufers den Wert des Sicherungsmittels verloren.<sup>25</sup>

Um das Sicherungsinteresse des Anwartschaftsberechtigten angemessen zu berücksichtigen, lässt sich daher vertreten, dass sich der Schaden des Anwartschaftsberechtigten nur auf den Wert der Sache abzüglich der noch geschuldeten Zahlungen an den Eigentümer belaufe.<sup>26</sup> Wenn die Schädigung Anfang April geschehen ist, stehen B hiernach noch 80 % des Sachwertes zu. Allerdings führt dies zu praktischen

Schwierigkeiten, da sich die Anteile von Verkäufer und Käufer mit jeder weiteren Ratenzahlung verschieben.

Um einerseits dem Risiko vorzubeugen, dass der Verkäufer den Geldbetrag nicht für den Ersatz der Sache verwendet und gleichwohl im vollem Umfang befriedigt würde, sowie andererseits dem Verkäufer ein wirksames Sicherungsmittel gegenüber dem Käufer zu erhalten,<sup>27</sup> kommt eine Gläubigergemeinschaft zwischen Anwartschaftsrechtsinhaber und Eigentümer in Betracht, die auf § 432 BGB oder eine Analogie zu §§ 1077, 1281 BGB gestützt wird.<sup>28</sup> Dafür spricht in funktioneller Hinsicht auch der Vergleich von besitzlosem Pfandrecht und Vorbehaltseigentum.<sup>29</sup> Interessengerecht und damit vorzugswürdig ist demnach die entsprechende Anwendung der §§ 1077, 1281 BGB mit der Folge, dass H an B und A gemeinschaftlich zu leisten hat.

## C. § 992 BGB analog iVm § 823 I, II BGB

B könnte gegen H einen Anspruch auf Schadensersatz analog § 992 BGB iVm § 823 I, II BGB haben.

## I. Vindikationslage: B gegen H, § 985 analog

Eine Vindikationslage iSd § 985 BGB analog im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses hat bestanden.

## II. Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat

H hat B ohne dessen Willen den Besitz an der Ausschussware entzogen und handelte damit widerrechtlich iSd § 858 I BGB. Dies geschah auch schuldhaft.<sup>30</sup>

## III. Rechtsgrundverweis auf §§ 823 ff. BGB

Bei § 992 BGB handelt es sich nach ganz überwiegender Auffassung um einen Rechtsgrundverweis auf §§ 823 ff. BGB, so dass die Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen deliktsrechtlichen Norm erfüllt sein müssen.

### 1. § 823 I BGB

An der verbrannten Ausschussware hatte B kein Eigentum, sondern lediglich ein Anwartschaftsrecht. Bei diesem muss es sich um ein sonstiges Recht iSd § 823 I BGB handeln. Dies ist aufgrund des Rechtscharakters des Anwartschaftsrechts als wesensgleiches Minus zum Eigentum zu bejahen. Insbesondere ergeben sich aus dem Anwartschaftsrecht positive Nutzungs- und negative Abwehrrechte iSd § 903 S. 1 BGB. Eine Rechtsgutverletzung liegt vor.

In dem zum Verbrennen der Ware führenden Missgeschick des H ist eine Verletzungshandlung iSd § 823 I BGB zu sehen.

24 RGZ 170, I (7); Müller-Laupe JuS 1993, 529.

25 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 313.

26 BeckOK BGB/Förster, 1.5.2023, BGB § 823 Rn. 148.

27 BeckOGK/Spindler, 1.5.2023, BGB § 823 Rn. 171.

28 Überblicksartig bei Staudinger/Hager, 2021, BGB Rn. B 155; für §§ 432, 1281 analog Brox JuS 1984, 656 (660); Staudinger/Beckmann, 2013, BGB § 449 Rn. 36; Baur/Stürner SachenR, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 45; BeckOGK/Spindler, 1.5.2023, BGB § 823 Rn. 171.

29 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 313.

30 Zum Verschuldensfordernis OLG Karlsruhe NJW 1990, 719; Wellenhofer SachenR, 37. Aufl. 2022, § 22 Rn. 34; aA MüKoBGB/Raff, 9. Aufl. 2023, BGB § 992 Rn. 5.



Diese ist kausal für die Beschädigung der Ausschussware, an der B das Anwartschaftsrecht hat.

Die Verletzung durch H war rechtswidrig.

H handelte grob fahrlässig.

Ein Schaden liegt wie geprüft vor.

Die Voraussetzungen des § 823 I BGB sind damit erfüllt.

## 2. § 823 II BGB iVm § 242 I StGB

H hat sich auch gem. § 242 I StGB strafbar gemacht, indem er B die Ware als fremde Sache vorsätzlich und mit Zueignungsabsicht weggenommen hat.

Er handelte vorsätzlich und rechtswidrig.

Ein Schaden liegt wie geprüft vor.

Die Verletzung des H ist auch kausal geworden für den Schaden.

## 3. § 823 II iVm § 858 I BGB

Indem H mit verbotener Eigenmacht handelte, hat er § 858 I BGB als Schutzgesetz iSd § 823 II 1 BGB verletzt.<sup>31</sup> Er handelte dabei rechtswidrig und vorsätzlich. B ist auch ein Schaden entstanden (s. o.)

## IV. Ergebnis

B hat gegen H einen Anspruch auf Schadensersatz analog § 992 BGB iVm § 823 I, II BGB iVm § 858 I BGB oder § 242 I StGB.



Direkt zum Bewertungsbogen:

<sup>31</sup> BGH NJW 2017, 3656.

PROF. DR. BERND J. HARTMANN, LL. M. (VIRGINIA), UND WISS. MITARBEITERIN LISA HORSTMANN\*

# Fortgeschrittenenklausur – Öffentliches Recht: Allgemeines Verwaltungsrecht – Der entlassene Soldat

Soldatinnen und Soldaten prägen das Bild der Bundeswehr in der Öffentlichkeit. Sie müssen für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten. Was folgt daraus für ihr Verhalten in privaten Chatgruppen? Diese und andere Fragen stellen sich im Rahmen der Semesterabschlussklausur zum Allgemeinen Verwaltungsrecht.

## Sachverhalt

K ist seit dem Jahr 2020 in das Dienstverhältnis des Soldaten auf Zeit berufen. Seine Aufgabe ist es, Streitkräfte zu transportieren. Er war seit Anfang 2021 Mitglied in einer Chatgruppe, in der unter anderem rechtsextremistische Inhalte geteilt werden. In dieser Gruppe wurde beispielsweise ein Bild von Adolf Hitler veröffentlicht, der den „Hitlergruß“ zeigt. Es trägt die Unterschrift „Auf Grund von Corona: Anstatt Hände schütteln wird wieder normal begrüßt!“. K hat alle Bilder zur Kenntnis genommen und postete selbst Material. Dazu zählte ein Video, dessen Inhalte die Taten der deutschen Wehrmacht im Zweiten Weltkrieg verherrlichen. In einem weiteren von K eingestellten Video ist ein Lehrer zu sehen, der einen Klassenraum betritt und, auf Schwarze<sup>1</sup> Schülerinnen und Schüler bezogen, sagt: „Ich sehe, eine rein deutsche Klasse werde ich bis zu meinem Ende wahrscheinlich nicht mehr erleben.“

Nachdem der Vorgesetzte des K von der Existenz der Chatgruppe und K's Zugehörigkeit erfuhr, bat er K am 20.10.2022 zu einem Gespräch. Dort äußerte K, er sei erst heute ausgetreten, da ihn der „schwarze Humor“ der Chatgruppe amüsiert habe. Seine Mitgliedschaft und das Teilen des Materials seien Fehler gewesen, die er nun bereue.

Mit formell rechtmäßigem Bescheid vom 18.1.2023 wurde K mit sofortiger Wirkung aus dem Dienstverhältnis entlassen. Zur Begründung hieß es, K habe schuldhaft seine Dienstpflichten verletzt, indem er Mitglied einer Chatgruppe war, die rechtsextremistische und verfassungsfeindliche Inhalte teilte, und indem er selbst solche Inhalte versandt habe. Dadurch sei die Pflicht, für die freiheitliche demokratische

Grundordnung einzustehen, verletzt. Ein Soldat müsse aktiv für diese eintreten; K habe im Gegensatz dazu rechtsextremistisches Material geteilt. Die anhaltende Mitgliedschaft in der Chatgruppe bis zum Gespräch am 20.10.2022 spreche gegen eine echte Distanzierung von den dortigen Inhalten. Würde der Vorgang in der Öffentlichkeit bekannt und K im Dienst verbleiben, sei das Ansehen der Bundeswehr ernstlich gefährdet. Zudem liege eine ernstliche Gefährdung der militärischen Ordnung vor: Es sei zu erwarten, dass K dieses oder ähnliche abzulehnendes Verhalten wiederhole, auch stünden Nachahmungseffekte zu befürchten.

K ist empört über die Entlassung. Er will Soldat auf Zeit bleiben und sieht sich in seinen Rechten aus dem Dienstverhältnis verletzt. K trägt vor, er bekenne sich ausdrücklich zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Es müsse auch seine Persönlichkeit gewürdigt werden: Er sei Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr und habe 2021 Spenden für

\* Der Autor Hartmann ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissenschaften an der Universität Regensburg; die Autorin Horstmann war seine Wiss. Mitarbeiterin an der Universität Osnabrück. Dort wurde der Fall als Semesterabschlussklausur zur Vorlesung AllgVerwR im Wintersemester 2022/2023 gestellt. Die Autoren danken der Lehrstuhlrunde und Prof. Dr. Emanuel V. Towfigh für wertvolle Hinweise. Der Fall beruht auf VG Hannover BeckRS 2022, 31235. – Zu dieser Klausur gibt es einen Klausurbewertungsbogen auf [www.JuS.de](http://www.JuS.de).

<sup>1</sup> Zur Schreibweise vgl. die Hinweise unter [www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/lexikon-in-einfacher-sprache/322448/rassismus](http://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/lexikon-in-einfacher-sprache/322448/rassismus) und [www.amnesty.de/2017/3/1/glossar-fuer-diskriminierungssensible-sprache](http://www.amnesty.de/2017/3/1/glossar-fuer-diskriminierungssensible-sprache) (zuletzt aufgerufen am 1.3.2024); vgl. Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh NJW 2021, 1799 Rn. 3.