

Übungsfall: Kein Heu im Holzrückebetrieb

Von Prof. Dr. **Christoph Benicke**, Wiss. Mitarbeiter **Johannes Lischeck**, Gießen

Der Fall wurde von den Verf. als Abschlussklausur zur Vorlesung Sachenrecht im Wintersemester 2010/2011 im Rahmen der Zwischenprüfung an der Justus-Liebig-Universität Gießen gestellt. Thematisiert werden Fragen aus dem Recht der Übereignung beweglicher Sachen, aus dem Besitzrecht und aus dem Hypothekenrecht.

Sachverhalt

H möchte im Jahr 2001 einen Betriebsmittelkredit für seinen Holzrückebetrieb aufnehmen. Als er seinem Bekannten G erzählt, dass die Bank für einen Kredit 8 % Zinsen verlangt, bietet G, der soeben eine lukrative Erbschaft gemacht hat und nach einer Anlagemöglichkeit sucht, H an, ihm einen Kredit über 100.000 Euro zu 4 % Zinsen jährlich zu gewähren. Zur Sicherheit des Kredits bestellt H dem G eine Hypothek an seinem Hausgrundstück. Die Hypothek wird ordnungsgemäß ins Grundbuch eingetragen. Als G den Betrag von 100.000 Euro an H auszahlt, erhält dieser im Gegenzug den Hypothekenbrief.

In den folgenden zehn Jahren zahlt H den Kredit wie vereinbart in monatlichen Raten zurück. Als H die letzte Rate gezahlt hat, ist er froh, die Verbindlichkeit los zu sein; an eine Rückgabe des Hypothekenbriefs denken weder H noch G.

G, der aufgrund eines zu ausschweifenden Lebensstils mittlerweile in Geldschwierigkeiten geraten ist, wird von D bedrängt, dem er 100.000 Euro schuldet. In seiner Not erinnert sich G an den Hypothekenbrief. Er behauptet D gegenüber, H habe den Kredit noch nicht abbezahlt, sondern schulde noch 100.000 Euro. D solle sich das Geld bei H holen. Da D damit einverstanden ist, übergibt G ihm den Hypothekenbrief und erklärt schriftlich, die „Hypothek“ an D abzutreten.

Unterdessen trifft H bei einer abendlichen Probe des örtlichen Gesangsvereins den Bauern B. B und H kommen überein, dass B dem H fünf Heuballen als Futter für Holzrückenpferd Paula zum günstigen Preis von insgesamt 200 Euro verkauft. Die fünf Heuballen stehen auf einer Wiese am Waldrand.

H zahlt die 200 Euro sofort, woraufhin B mitteilt, H könne sich das Heu nun nach Belieben auf der Wiese abholen.

Am Morgen darauf bekommt B überraschend Besuch von Zirkusdirektor Z, der auf der Suche nach Futter für seine Zirkustiere ist und 300 Euro für die fünf Heuballen bietet. B will sich diesen plötzlichen Zusatzverdienst nicht entgehen lassen und erklärt sich einverstanden. B fährt daraufhin zum Waldrand, wo die Heuballen noch liegen, da H – wie B wusste – am Abend zuvor zu lange mit einigen Sangeskameraden das günstige Geschäft begossen hatte. B lädt die fünf Heubal-

len auf seinen Anhänger und bringt sie zum Zirkus des Z, der ihm dafür die vereinbarten 300 Euro zahlt.

Als gegen Mittag die hungrige Paula ungeduldig wird, macht sich H endlich auf den Weg zum Waldrand, wo er die Heuballen jedoch nicht findet. Daraufhin stellt er B zur Rede und erfährt, was geschehen ist.

Zu allem Überfluss wendet sich nun D an H und versucht von ihm unter Vorlage des Hypothekenbriefs 100.000 Euro einzutreiben. H ist verzweifelt.

Bearbeitervermerk

1. Welche Ansprüche hat D gegen H?
2. Kann H von Z nach § 985 BGB Herausgabe der Heuballen verlangen?

Lösung

Aufgabe 1

A. Anspruch auf Zahlung von 100.000 Euro aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB

D könnte gegen H einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 Euro aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB haben.

I. Anspruch entstanden im Verhältnis G zu H

Fraglich ist, ob ein solcher Anspruch zunächst im Verhältnis von G zu H entstanden ist.

1. Darlehensvertrag

G und H haben sich darüber geeinigt, dass G dem H einen Kredit über 100.000 Euro zu 4 % Zinsen gewährt, sie haben also einen Darlehensvertrag nach § 488 BGB geschlossen.

2. Auszahlung der Darlehensvaluta

G hat dem H die vereinbarten 100.000 Euro ausgezahlt. Von daher hatte er das Darlehen auch valutiert.¹

Somit ist ein Darlehensrückzahlungsanspruch gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB zunächst im Verhältnis von G zu H entstanden.

II. Erlöschen nach § 362 Abs. 1 BGB

Dieser Anspruch könnte jedoch später gem. § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung erloschen sein. Dies setzt voraus, dass H die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt hat. H hatte in den folgenden zehn Jahren den Kredit ratenweise zurückgezahlt und somit die geschuldete Leistung erbracht.

Damit ist der Darlehensrückzahlungsanspruch des G gegen H gem. § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung erloschen.

* Prof. Dr. **Christoph Benicke** ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Justus-Liebig-Universität Gießen, **Johannes Lischeck** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

¹ Die Valutierung ist Voraussetzung für das Entstehen des Darlehensrückzahlungsanspruchs, vgl. *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 36. Aufl. 2012, § 17 Rn. 24; *Freitag/Müller*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2011, § 488 Rn. 166.

III. Abtretung der Forderung von G an D

Fraglich ist jedoch, ob G die Darlehensrückzahlungsforderung an D abtreten konnte.

1. Einigung i.S.d. § 398 BGB

Dazu müssten sich G und D gem. § 398 BGB über den Übergang einer solchen Forderung geeinigt haben. G teilte D mit, dass H noch 100.000 Euro schulde, die sich D bei H holen solle. Daneben trat G dem D die „Hypothek“ ab, womit D einverstanden war. Auch vor dem Hintergrund, dass eine Hypothek gem. §§ 1153, 401 BGB nur durch die Abtretung der gesicherten Forderung übertragen werden kann, ist dieses Verhalten von G und D im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) als eine Einigung über die Abtretung der Darlehensrückzahlungsforderung zu deuten.²

Zu diesem Zeitpunkt war die Forderung aber bereits erloschen (s.o.), bestand also nicht mehr.

2. Gutgläubiger Erwerb der Forderung?

Es stellt sich daher die Frage, ob ein gutgläubiger Erwerb der Darlehensrückzahlungsforderung möglich war.

Ein gutgläubiger Erwerb einer nicht bestehenden Forderung ist grundsätzlich nicht möglich.

Fraglich ist jedoch, ob sich etwas anderes aus § 1138 BGB ergeben kann. Danach gilt § 892 BGB auch in Ansehung der Forderung, wenn für diese eine Hypothek im Grundbuch eingetragen ist.

§ 1138 BGB ordnet die Geltung des § 892 BGB auch in Ansehung der Forderung jedoch nur „für die Hypothek“ an; das heißt, das Bestehen der Forderung wird bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 892 BGB nur fingiert, um einen gutgläubigen Erwerb der Hypothek zu ermöglichen; die Forderung selbst kann danach nicht gutgläubig erworben werden.³

Ein gutgläubiger Forderungserwerb ist daher auch über § 1138 BGB nicht möglich.

Somit hat D von G durch die „Abtretung“ keine Forderung gegen H aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB erworben. Ein Anspruch des D gegen G auf Zahlung von 100.000 Euro aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB besteht daher nicht.

² Vgl. *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, 26. Aufl. 2011, § 27 Rn. 32; *Rohe*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 1153 Rn. 3; *Eickmann*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2009, § 1153 Rn. 5 hält eine Auslegung nicht für nötig, da die *falsa demonstratio*-Regel greife. Der *falsa demonstratio*-Grundsatz stellt allerdings selbst nur eine Auslegungsregel dar, siehe *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 36. Aufl. 2012, Rn. 129-133.

³ *Schapp/Schur*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 420; *Wolf/Wellenhofer* (Fn. 2), § 27 Rn. 48; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2011, § 15 Rn. 41; *Weber*, Sachenrecht II, 3. Aufl. 2012, § 14 Rn. 104; *Staudinger*, in: *Handkommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2012, § 1138 Rn. 3; *Eickmann* (Fn. 2), § 1138 Rn. 15.

B. Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus § 1147 BGB in Höhe von 100.000 Euro

D könnte gegen H einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Höhe von 100.000 Euro aus § 1147 BGB haben.

Dazu müsste D Inhaber einer Hypothek zu Lasten des Grundstückseigentums des H sein.

I. Hypothek entstanden im Verhältnis H zu G

Eine solche Hypothek könnte zunächst zugunsten des G entstanden sein.

1. Einigung über Hypothekenbestellung nach §§ 873 Abs. 1, 1113 Abs. 1 BGB

Dazu müssten sich H und G gem. §§ 873 Abs. 1, 1113 Abs. 1 BGB über die Bestellung einer Hypothek am Grundstück des H geeinigt haben. Dies war hier im Jahr 2001 geschehen.

2. Berechtigung des H

H müsste zur Verfügung befugt gewesen sein. Verfügungsbefugt ist im Grundsatz der Inhaber des Rechts, über das verfügt wird.⁴ Die Bestellung einer Hypothek stellt eine Belastung des Eigentums am Grundstück,⁵ mithin eine Verfügung über das Grundstückseigentum⁶ dar. H war Eigentümer des Grundstücks und somit befugt, durch Bestellung einer Hypothek über das Eigentum zu verfügen.

3. Eintragung der Hypothek ins Grundbuch, §§ 873 Abs. 1, 1115 BGB

Die Hypothek wurde gem. §§ 873 Abs. 1, 1115 BGB ordnungsgemäß ins Grundbuch eingetragen.

4. Bestehen der zu sichernden Forderung

Zur Entstehung einer Hypothek müsste die zu sichernde Forderung bestehen, andernfalls entstände – sofern die sonstigen Entstehungsvoraussetzungen vorlägen – nach §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB lediglich eine Eigentümergrundschuld. Gesichert werden sollte hier ein Darlehensrückzahlungsanspruch des G gegen H.

a) Darlehensvertrag zwischen H und G

H und G haben wie oben gesehen im Jahr 2001 einen Darlehensvertrag mit einer Darlehenssumme i.H.v. 100.000 Euro geschlossen.

⁴ *Schapp/Schur* (Fn. 3), Rn. 402, 321.

⁵ *Berger*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011, vor § 854 Rn. 6; *Habersack*, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 57.

⁶ *Habersack* (Fn. 5), Rn. 13, 57. In Anlehnung an den Wortlaut des § 873 Abs. 1 BGB sprechen *Schapp/Schur* (Fn. 3), Rn. 401 allgemeiner von einer Verfügung über das Grundstück, Verfügungsobjekt ist bei der Bestellung eines beschränkt-dinglichen Rechts jedoch genau genommen das Eigentum.

b) Valutierung

Die erfolgte Auszahlung der Darlehenssumme von G an H lässt den zu sichernden Rückzahlungsanspruch des G entstehen (siehe oben I. 2.).

Somit bestand die Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek dienen sollte.

5. Briefübergabe, §§ 1116 Abs. 1, 1117 Abs. 1 BGB

Zum Erwerb der Hypothek durch G müsste diesem gem. §§ 1116 Abs. 1, 1117 Abs. 1 BGB der Hypothekenbrief von H übergeben worden sein. Dies geschah hier bei Auszahlung der Darlehensvaluta.

Hinweis: Da die Existenz eines Hypothekenbriefs im Sachverhalt explizit erwähnt wird, wäre es verfehlt, sich Gedanken über das Entstehen einer Buchhypothek zu machen.

Somit hat G zunächst eine Hypothek am Grundstück des H erworben.

II. Umwandlung in Eigentümergrundschuld, §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Hypothek könnte sich jedoch gem. §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB in eine Eigentümergrundschuld umgewandelt haben.

Dies wäre der Fall, wenn die gesicherte Forderung erloschen wäre. H hat die Darlehensrückzahlungsforderung durch Erfüllung zum Erlöschen gebracht (s.o.). Daher erwirbt gem. § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB der Eigentümer, also H, die Hypothek.

Hinweis: H war nicht nur persönlicher Schuldner, sondern auch Eigentümer (Zwei-Personen-Verhältnis). Ein Fall des § 1164 BGB, nach dem die Hypothek nun einen Rückgriffsanspruch des persönlichen Schuldners gegen den Eigentümer sichert, liegt daher nicht vor. Ebenso wenig ist ein Fall der §§ 1143, 1177 Abs. 2 BGB (Übergang der gesicherten Forderung gegen den persönlichen Schuldner auf den Eigentümer) gegeben.

Da dem Eigentümer H die gesicherte Forderung wegen ihres Erlöschens nicht zusteht, hat sich die Hypothek nach § 1177 Abs. 1 S. 1 BGB in eine Grundschuld verwandelt.

Von daher ist aus der Hypothek des G durch den Wegfall der Darlehensrückzahlungsforderung eine Eigentümergrundschuld des H geworden.

III. Gutgläubiger Erwerb der Hypothek durch D

D könnte die Hypothek jedoch gutgläubig durch eine Verfügung des G erworben haben.

Als akzessorisches Recht geht die Hypothek gem. §§ 1153, 1154, 398, 401 BGB mit der Übertragung der gesicherten Forderung über, so dass ein gutgläubiger Erwerb nach den §§ 1153, 1154, 892, 398, 401, 1138 BGB zu beurteilen ist.

1. Einigung über Abtretung der gesicherten Forderung

G und D müssten sich gem. § 398 BGB über die Abtretung der gesicherten Forderung geeinigt haben. G erklärte, die „Hypothek“ an D abzutreten, der damit einverstanden war. Da die Hypothek nur mit der Forderung übergehen kann, ist dies im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) als Einigung über die Abtretung der Forderung aufzufassen (s.o. A. III. 1.).

2. Nichtberechtigung hinsichtlich der gesicherten Forderung

G war nicht Inhaber der gesicherten Forderung, da diese wie oben gesehen bereits erloschen war. Aus diesem Grund war G wie ebenfalls oben aufgezeigt nicht mehr Inhaber der Hypothek, die nunmehr als Eigentümergrundschuld fortbestand.

3. Fiktion des § 1138 BGB

Nach § 1138 BGB gilt jedoch § 892 BGB für die Hypothek auch in Ansehung der gesicherten Forderung: Insoweit, als nach § 1153 BGB für die Übertragung der Hypothek die Übertragung der gesicherten Forderung erforderlich ist, kann danach der im Grundbuch als Hypothekar eingetragene als Inhaber der betreffenden Forderung gelten.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1138, 892 BGB wird das Bestehen der gesicherten Forderung beim Abtretenden fingiert, um einen gutgläubigen Hypothekenerwerb zu ermöglichen, der an sich an § 1153 Abs. 2 BGB (Ausprägung des Akzessorietätsprinzips) scheitern würde, wenn die Forderung nicht dem Verfügenden zusteht.⁷ Es wird also der Rechtsschein der Grundbucheintragung in Bezug auf die Forderung erweitert.⁸

Die Forderung selbst kann der Erwerber dabei nicht erwerben (s.o. A. III. 2.), ihre Fiktion hat lediglich den Zweck, ein „Transportmittel“ für die Hypothek bereitzustellen.

Insofern wird die Möglichkeit eines gutgläubigen Zweiterwerbs einer eingetragenen Hypothek ermöglicht, auch wenn die zugrunde liegende Forderung nicht besteht oder nicht dem Verfügenden zusteht.

*4. Weitere Voraussetzungen nach §§ 1138, 892 BGB**a) Erwerb durch Rechtsgeschäft*

Beim Erwerb des D müsste es sich um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb handeln. Die Abtretung der Forderung war ein Rechtsgeschäft (§§ 398, 1154 BGB); dass die Hypothek kraft Gesetzes übergeht (§§ 1153, 401 BGB), kann hier nicht von Bedeutung sein, da es in diesem Zusammenhang um die Fiktion

⁷ Wolf/Wellenhofer (Fn. 2), § 27 Rn. 48; Schapp/Schur (Fn. 3), Rn. 419 f.; Weber (Fn. 3), § 14 Rn. 104; Staudinger (Fn. 3), § 1138 Rn. 3; Eickmann (Fn. 2), § 1138 Rn. 15; Rohe (Fn. 2), § 1138 Rn. 3.

⁸ Vieweg/Werner (Fn. 3), § 15 Rn. 41; Konzen, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2001, § 1138 Rn. 1; Wolfsteiner, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 1138 Rn. 22; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 104 Rn. 3.

tion der Forderung geht, so dass auf deren Übertragung abzustellen ist.⁹

b) Legitimation des G durch Grundbucheintragung

G müsste noch als Inhaber der Hypothek im Grundbuch eingetragen sein. Mangels entgegenstehender Informationen ist davon auszugehen, dass die Eintragung des G als Hypothekar noch bestand. Damit gilt er über §§ 892 Abs. 1, 1138 BGB auch als legitimiert hinsichtlich der Inhaberschaft der Forderung.¹⁰

c) Keine Kenntnis

D dürfte gem. § 892 Abs. 1 BGB keine positive Kenntnis davon gehabt haben, dass G nicht Inhaber der Forderung und deswegen nicht Inhaber der Hypothek war. Die fehlende Kenntnis wird dabei grds. vermutet; derjenige, der einen gutgläubigen Erwerb bestreitet, müsste die Kenntnis des Erwerbers beweisen. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass dem D die fehlende Forderungsinhaberschaft des G nicht bekannt war.

d) Kein Widerspruch im Grundbuch

Im Grundbuch dürfte auch kein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung des G als Forderungsinhaber eingetragen gewesen sein. Von einem Widerspruch ist nichts ersichtlich.

e) Kein Widerspruch oder Vermerk auf Brief

Ebenfalls dürfte gem. § 1140 BGB auf dem Hypothekenbrief kein Widerspruch und kein Unrichtigkeitsvermerk eingetragen gewesen sein. Auch hierfür liegen keine Anhaltspunkte vor.

Somit wird der Bestand der zu sichernden Darlehensrückzahlungsforderung bei G gem. §§ 1138, 892 Abs. 1 BGB fingiert, um einen gutgläubigen Hypothekenerwerb zu ermöglichen.

5. Abtretungserklärung in Schriftform

Gem. § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB müsste G seine Abtretungserklärung in Schriftform erteilt haben. Dies war hier der Fall.

6. Übergabe des Hypothekenbriefs

Des Weiteren hat G auch gem. § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB den Hypothekenbrief an D übergeben.

Somit liegen alle Voraussetzungen für einen gutgläubigen Hypothekenerwerb des D durch die Verfügung des G vor.

⁹ Darüber hinaus hindert die Tatsache, dass die Forderung rechtsgeschäftlich übertragen wird und die Hypothek kraft Gesetzes mit übergeht (§§ 1153, 401 BGB), einen gutgläubigen Hypothekenerwerb auch dann nicht, wenn der Mangel beim dinglichen Recht selbst liegt und deshalb § 892 Abs. 1 BGB direkt auf die Hypothek angewendet werden muss, siehe *Weber* (Fn. 3), § 14 Rn. 101; auch *Gursky*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2008, § 892 Rn. 78.

¹⁰ Vgl. *Vieweg/Werner* (Fn. 3), § 15 Rn. 42.

D ist damit Inhaber eines Grundpfandrechts am Grundstück des H; ob es sich dabei in Ermangelung einer gesicherten Forderung um eine „forderungsentkleidete Hypothek“¹¹ oder eine Fremdgrundschuld¹² handelt, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben.¹³

Einreden, die H einer Inanspruchnahme aus dem Grundpfandrecht entgegensetzen kann, sind nicht ersichtlich.

Somit hat D gegen H einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Höhe von 100.000 Euro gem. § 1147 BGB.

Aufgabe 2

H könnte gegen Z einen Anspruch auf Herausgabe des Besitzes an den fünf Heuballen aus § 985 BGB haben.

I. Eigentum des H

Dazu müsste H Eigentümer der Heuballen sein.

Hinweis: Die Eigentumslage ist im Wege der historischen Methode, d.h. chronologisch zu prüfen.

1. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich war B Eigentümer der Heuballen.

2. Erwerb des H gem. § 929 S. 1 BGB

B könnte das Eigentum jedoch gem. § 929 S. 1 BGB an H übertragen haben.

a) Einigung

Dazu müssten sich B und H über den Eigentumsübergang an den fünf Heuballen geeinigt haben. Genau genommen würden hier infolge des Spezialitätsprinzips fünf Übereignungen vorliegen und damit fünf Einigungen erforderlich sein, wobei diese in einer Erklärung zusammengefasst werden könnten.¹⁴ Ausdrücklich haben B und H die Einigung nicht erklärt. Möglich ist aber, dass die Erklärung des B, H könne sich das Heu nun nach Belieben abholen, als Einigungserklärung aufzufassen ist, die H konkludent angenommen hat. Entscheidend für die Auslegung ist insoweit die erkennbare beiderseitige Interessenlage. Aus dem Kaufvertrag, der den Rechtsgrund für eine Übereignung darstellen würde, war B

¹¹ So *Eickmann* (Fn. 2), § 1138 Rn. 16; *Wolfsteiner* (Fn. 8), § 1138 Rn. 8; *Konzen* (Fn. 8), § 1138 Rn. 7; *Rohe* (Fn. 2), § 1138 Rn. 3; *Staudinger* (Fn. 3), § 1138 Rn. 3; *Wolf/Wellenhofer* (Fn. 2), § 27 Rn. 48; *Westermann/Gursky/Eickmann* (Fn. 8), § 104 Rn. 6; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 38 Rn. 25; wohl auch *RGZ* 137, 95 (97).

¹² So *Schapp/Schur* (Fn. 3), Rn. 421; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 137 II. 3.; *Prütting*, Sachenrecht, 34. Aufl. 2010, Rn. 693; *Habersack* (Fn. 5), Rn. 386; *Berger* (Fn. 5), § 1138 Rn. 3.

¹³ Auf die geringe praktische Bedeutung dieser Kontroverse weisen *Weber* (Fn. 3), § 14 Rn. 105 und *Prütting* (Fn. 12), Rn. 693 hin.

¹⁴ Vgl. *Prütting* (Fn. 12), Rn. 24 f.; *Berger* (Fn. 5), § 929 Rn. 5, vor § 854 Rn. 5.

verpflichtet, das Heu zu übereignen, während H die Pflicht traf, den Kaufpreis zu zahlen. Hier hat H den Kaufpreis bar während der abendlichen Probe des Gesangsvereins bezahlt, so dass er seine Pflicht aus dem Kaufvertrag erfüllt hatte. Insofern lag es im beiderseitigen Interesse, dass auch B seine Pflicht zur Übereignung der fünf Heuballen direkt erfüllte. Von daher ist von einer Einigung (bzw. fünf Einigungen) über den Eigentumsübergang am Abend während der Probe auszugehen.

b) Mit Berechtigtem

B müsste zur Verfügung über das Eigentum an den Heuballen befugt gewesen sein. Verfügungsbefugt ist im Grundsatz der Eigentümer selbst,¹⁵ hier also B. Gründe für eine Verfügungsbeschränkung sind nicht ersichtlich. Insofern war B Verfügungsbefugt.

c) Übergabe

Zudem müsste B dem H die Heuballen übergeben haben. Dies setzt den vollständigen Besitzverlust auf der Veräußererseite sowie den Erwerb des vollständigen Besitzes auf der Erwerberseite voraus, wobei diese Besitzänderung auf Veranlassung des Veräußerers geschehen sein muss.¹⁶

aa) Vollständiger Besitzverlust auf Veräußererseite und vollständiger Besitzerwerb auf Erwerberseite

B als Veräußerer müsste seine Besitzposition vollständig aufgegeben haben, während H als Erwerber den vollständigen Besitz erlangt haben müsste.

Fraglich ist, ob dies schon am Abend während der Probe zu bejahen ist. Zu diesem Zeitpunkt befanden sich die Heuballen nach wie vor auf der Wiese am Waldrand. Nach der Verkehrsanschauung war bis zu diesem Zeitpunkt B deren Besitzer, auch wenn seine Sachherrschaft gelockert war. Es könnte jedoch ein Besitzerwerb des H gem. § 854 Abs. 2 BGB vorliegen. Danach genügt die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zum Besitzerwerb, wenn der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Sachherrschaft auszuüben. Dies ist vor allem bei Sachen der Fall, die frei zugänglich sind, so dass der Erwerber ohne weiteres darauf zugreifen kann (sog. offener Besitz).¹⁷ Auf der Seite des Erwerbers handelt es sich hier um eine „potentielle Sachherrschaft“, an die geringere Anforderungen zu stellen sind als an die ansonsten für die Besitzlage i.d.R. maßgebliche aktuelle

Sachherrschaft.¹⁸ Die Heuballen lagen hier auf einer Wiese, so dass es für H ohne größere Schwierigkeiten möglich war, sie abzuholen (von einer Umfriedung der Wiese ist nicht auszugehen). Von daher war H in der Lage, die tatsächliche Sachherrschaft auszuüben. Für einen Besitzübergang genügt daher eine Einigung zwischen B und H. Diese stellt ein Rechtsgeschäft des Inhalts, der Besitz solle vom bisherigen Besitzer auf den Erwerber übergehen, dar.¹⁹ B teilte H mit, er könne sich das Heu nach Belieben auf der Wiese abholen. Darin ist eine Erklärung des B, seinen Besitz zu übertragen, zu sehen. H wollte die Heuballen von B erwerben, insoweit ist auch ein Wille des H zum Erwerb des Besitzes anzunehmen. Eine Einigung über den Besitzübergang lag daher vor.

B dürfte weiterhin keinerlei besitzrechtliche Position an den Heuballen mehr innehaben. Die Heuballen lagerten offen auf einer Wiese am Waldrand. Weder von einer Einfriedung des Grundstücks noch von einer unmittelbaren räumlichen Beziehung zum Bauernhofgelände des B ist auszugehen. Insofern übte B nach seiner Erklärung, den Besitz auf H zu übertragen, keine tatsächliche Sachherrschaft mehr aus, so dass bei ihm keine besitzrechtliche Position mehr verblieb.

Von daher hat B den Besitz vollständig aufgegeben, während H ihn gem. § 854 Abs. 2 BGB erlangt hat.

Hinweis: Die Einigung über den Besitzübergang i.S.d. § 854 Abs. 2 BGB ist nicht mit der Einigung über den Eigentumsübergang i.S.d. § 929 S. 1 BGB zu verwechseln; hier liegen also zwei verschiedene Einigungen mit unterschiedlichem Inhalt vor.

bb) Auf Veranlassung des Veräußerers

Die Besitzübertragung geschah auch auf Veranlassung des Veräußerers B, der ja erklärte, H könne sich die Ballen abholen.

Hält man weiterhin für erforderlich, dass die Besitzübertragung zum Zwecke der Eigentumsübertragung erfolgte (vgl. Fn. 17), wäre auch diesem Erfordernis genüge getan, da B bezweckte, dem H das Eigentum zu verschaffen.

Somit liegt eine Übergabe von B an H vor.

Damit hat H das Eigentum an den fünf Heuballen während der abendlichen Probe gem. § 929 S. 1 BGB erworben.

3. Gutgläubiger Erwerb des Z gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB

H hätte das Eigentum an den Heuballen aber wieder verloren, wenn Z es am nächsten Morgen durch eine Verfügung des B gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB gutgläubig erworben hätte.

¹⁵ *Wolf/Wellenhofer* (Fn. 2), § 7 Rn. 19.

¹⁶ *Baur/Stürmer* (Fn. 11), § 51 Rn. 12; *Schapp/Schur* (Fn. 3), Rn. 177; RGZ 137, 23, (25). Weitergehend wird teilweise gefordert, dass die Besitzübertragung gerade zu Übereignungszwecken erfolgt ist, vgl. *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 929 Rn. 13; *Wolff/Raiser* (Fn. 12), § 66 I. 4. Fn. 27. Eine eigene Funktion kommt diesem zusätzlichen Erfordernis aber nur in Sonderfällen zu, vgl. *Wiegand*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 929 Rn. 85-88.

¹⁷ *Westermann/Gursky/Eickmann* (Fn. 8), § 12 Rn. 8.

¹⁸ *Bund*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 854 Rn. 25.

¹⁹ H.M., *Westermann/Gursky/Eickmann* (Fn. 8), § 12 Rn. 10; *Baur/Stürmer* (Fn. 11), § 7 Rn. 22; *Bund* (Fn. 18), § 854 Rn. 29; *Bassenge* (Fn. 16), § 854 Rn. 6; auch BGHZ 16, 259, (263); a.A. *Joost*, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 2), § 854 Rn. 32 (tatsächliches Einverständnis).

a) Einigung

Dazu müssten sich B und Z über den Eigentumsübergang an den fünf Heuballen geeinigt haben. B bringt die fünf Heuballen zu Z, um seine Verpflichtung aus dem zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen. Z zahlt bei dieser Gelegenheit den Kaufpreis. Es ist daher nach der Interessenlage der Parteien davon auszugehen, dass sich B und Z bei der Anlieferung zumindest konkludent darüber geeinigt haben, dass das Eigentum sofort auf Z übergehen soll.

b) Mit Nichtberechtigtem

B dürfte nicht zu der Verfügung befugt gewesen sein. Verfügungsbefugt ist grds. der Eigentümer. Wie eben gesehen, war jedoch am Morgen nach der Probe nicht mehr B, sondern H Eigentümer der Heuballen. Eine anderweitige Verfügungsbefugnis des B ist ebenfalls nicht ersichtlich. Von daher war B Nichtberechtigter.

c) Übergabe

Die Heuballen müssten dem Z von B übergeben worden sein. Dies setzt die vollständige Besitzaufgabe auf Seiten des B und den Erwerb des vollständigen Besitzes auf Seiten des Z auf Veranlassung des B voraus.²⁰

Hier hat B die Heuballen am Waldrand geholt und zum Zirkus des Z gebracht. Beim Aufladen der Heuballen hatte sich zunächst wieder B die tatsächliche Sachherrschaft verschafft und damit nach § 854 Abs. 1 BGB den unmittelbaren Besitz an ihnen erlangt. Mit dem Abladen bei Z gab B seine Sachherrschaft dann erneut auf; die tatsächliche Sachherrschaft ging auf Z über. Infolgedessen wurde dieser alleiniger unmittelbarer Besitzer, bei B verbleibt keine Besitzposition. Der Besitzwechsel war auch von B, der die Heuballen dem Z lieferte, veranlasst und geschah zum Zwecke der Eigentumsübertragung. Von daher liegt eine Übergabe von B an Z vor.

d) Guter Glaube

Weiterhin müsste Z gutgläubig gewesen sein. Dies wäre gem. § 932 Abs. 2 BGB nicht der Fall gewesen, wenn er gewusst oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gewusst hätte, dass B nicht Eigentümer der Heuballen war. Die Formulierung des § 932 Abs. 2 BGB weist darauf hin, dass der gute Glaube grds. vermutet wird, es sei denn, derjenige, der einen gutgläubigen Erwerb bestreitet, kann beweisen, dass beim Erwerber Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der fehlenden Eigentümerstellung des Veräußerers gegeben war.²¹ Für eine Kenntnis oder eine grob fahrlässige Unkenntnis des Z davon, dass B nicht mehr Eigentümer der Heuballen war, liegen hier jedoch keine Anhaltspunkte vor. Auch eine Erkundigungsobliegenheit besteht grds. nicht. Von daher ist Z als gutgläubig anzusehen.

e) Kein Abhandenkommen

Zuletzt dürften die Heuballen gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB dem Eigentümer nicht abhanden gekommen sein. Abhandenkommen meint den unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes.²² Wie oben gesehen, wurde am Abend der Probe H gem. § 854 Abs. 2 BGB unmittelbarer Besitzer der Heuballen. Am folgenden Morgen ergriff B den Besitz, als er die Heuballen am Waldrand abholte. Damit verlor H seinen Besitz wieder. Dies geschah ohne seinen Willen. Insoweit hat H den unmittelbaren Besitz unfreiwillig verloren. Die Heuballen waren ihm daher abhanden gekommen.

Ein gutgläubiger Erwerb des Z nach §§ 929 S. 1, 932 BGB scheidet daher gem. § 935 Abs. 1 BGB aus.

Von daher ist H noch Eigentümer der fünf Heuballen.

II. Besitz des Z

Weiterhin müsste Z Besitzer der Heuballen sein. Wie oben gesehen hat Z die tatsächliche Sachherrschaft an den Heuballen erlangt und ist damit deren unmittelbarer Besitzer i.S.d. § 854 Abs. 1 BGB.

III. Kein Recht zum Besitz des Z

Zuletzt dürfte Z gem. § 986 BGB kein Recht zum Besitz gegenüber H haben. Ein Recht zum Besitz könnte sich allenfalls aus dem Kaufvertrag zwischen Z und B ergeben. Dieser Kaufvertrag wirkt jedoch als Schuldverhältnis nur relativ zwischen diesen beiden Personen, ein gegenüber H wirkendes Besitzrecht kann daraus nicht resultieren.

Daher hat Z kein Recht zum Besitz gegenüber H.

Somit hat H gegen Z einen Anspruch auf Herausgabe des Besitzes an den fünf Heuballen gem. § 985 BGB.

²⁰ Siehe oben Fn. 16.

²¹ Wolf/Wellenhofer (Fn. 2), § 8 Rn. 16; Schapp/Schur (Fn. 3), Rn. 218.

²² Westermann/Gursky/Eickmann (Fn. 8), § 49 Rn. 2; Wolff/Raiser (Fn. 12), § 69 I. 1., § 15 I. 2.