



**HEMMER / WÜST / VERSE**

# **HERAUSGABEANSPRÜCHE**

**Das Prüfungswissen**

- für Studium
- und Examen

**KLAUSURTYPISCH** ▪ **ANWENDUNGSORIENTIERT** ▪ **UMFASSEND**

<b>§ 1 EINLEITUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>A. Standort der Ansprüche im Gesetz</b> .....	<b>1</b>
<b>B. Anspruchsinhalt bzw. Gegenstand der Herausgabe</b> .....	<b>2</b>
I. Herausgabe von <i>Sachen</i> .....	2
II. Herausgabe von sonstigen Gegenständen .....	2
<b>C. Aufbau dieses Skriptums „Herausgabeansprüche“</b> .....	<b>2</b>
<b>D. Kurzübersicht über die verschiedenen Herausgabe- ansprüche</b> .....	<b>3</b>
<b>§ 2 VERTRAGLICHE HERAUSGABEANSPRÜCHE</b> .....	<b>4</b>
<b>A. Rückgabepflicht nach Vertragsbeendigung</b> .....	<b>4</b>
I. Überblick .....	4
II. Leistungsstörungen .....	4
III. Verhältnis zu § 985 BGB .....	5
IV. Vertragliche Herausgabeansprüche gegen Dritte? .....	6
V. Besonderheiten bei der Herausgabe durch den Beauftragten (§ 667 BGB) und ähnlichen Fällen .....	7
1. Auftrag .....	7
a) Das zur Ausführung des Auftrags Erhaltene .....	7
b) Das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte .....	8
aa) Inhalt des Herausgabeanspruchs .....	8
bb) Aus der Geschäftsbesorgung erlangt .....	9
2. Erweiterungen des § 667 BGB .....	10
a) Geschäftsführung des Vereinsvorstands, § 27 III BGB .....	10
b) Entgeltliche Geschäftsbesorgung, § 675 BGB .....	14
c) Geschäftsführung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, § 716 III BGB .....	15
d) Geschäftsführung in der OHG und KG .....	15
e) Vergleichbare Regelungen im Handelsrecht .....	15
<b>B. Rückgabepflicht bei Rückabwicklung des Vertrags (§§ 346 I ff. bzw. aus § 355 III     i.V.m. §§ 357 ff. BGB)</b> .....	<b>18</b>
I. Rücktritt vom Vertrag gem. §§ 346 ff. BGB .....	18
1. Vertragliches und gesetzliches Rücktrittsrecht .....	18
2. Verweisungen auf die §§ 346 ff. BGB .....	19
3. Umfang der Rückgewährpflicht .....	19
II. Rückabwicklung nach Widerruf gem. § 355 III i.V.m. §§ 357 ff. BGB .....	20
<b>C. Herausgabeanspruch auf das stellvertretende commodum (§ 285 I BGB)</b> .....	<b>20</b>
<b>D. Herausgabe als Folge der Naturalrestitution bei Ansprüchen auf Schadensersatz     gem. §§ 280 I, 249 I BGB</b> .....	<b>26</b>
<b>§ 3 VERTRAGSÄHNLICHE HERAUSGABEANSPRÜCHE</b> .....	<b>27</b>
<b>A. Herausgabeanspruch aus §§ 280 I, 241 II, 311 II i.V.m. § 249 I BGB</b> .....	<b>27</b>
<b>B. Herausgabeansprüche aus echter und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag</b> .....	<b>27</b>
I. (Echte) berechtigte GoA .....	27
II. (Echte) unberechtigte GoA .....	28

1. Anspruch des Geschäftsführers .....	28
2. Anspruch des Geschäftsherrn .....	28
III. Verweisungen auf die GoA .....	30
<b>C. Herausgabeansprüche aus unechter GoA (Geschäftsanmaßung), § 687 II BGB .....</b>	<b>30</b>
I. Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn .....	31
II. Anspruch des Geschäftsanmaßers aus §§ 687 II S. 2, 684 S. 1 BGB .....	32
<b>§ 4 SACHENRECHTLICHE HERAUSGABEANSPRÜCHE .....</b>	<b>34</b>
<b>A. Herausgabeanspruch aus dem Eigentum (§ 985 BGB) – Die sog. Vindikation .....</b>	<b>34</b>
I. Voraussetzungen .....	34
1. Anspruchsberechtigter .....	34
2. Anspruchsgegner .....	35
3. Kein Besitzrecht .....	35
a) Eigenes Besitzrecht nach § 986 I S. 1 Alt. 1 BGB .....	36
b) Abgeleitetes Besitzrecht nach § 986 I S. 1 Alt. 2 BGB .....	37
c) § 986 II BGB .....	38
4. Kein Ausschluss gemäß § 241a I BGB .....	39
II. Anspruchsinhalt bei § 985 BGB .....	45
1. Allgemeines .....	46
2. § 986 I S. 2 BGB .....	46
3. Geld als Herausgabegegenstand .....	46
4. Anspruchsinhalt bei der Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer .....	48
III. Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts .....	48
1. Unanwendbarkeit des § 285 BGB .....	49
2. Anwendbarkeit des Verzugsrechts .....	50
3. Schadensersatz statt Herausgabe gem. §§ 985, 280 I, III, 281 BGB .....	51
4. Schadensersatz statt Herausgabe gem. §§ 985, 280 I, III, 283 BGB .....	53
<b>B. Vindikation anderer dinglich Berechtigter .....</b>	<b>53</b>
I. Verweisungen auf § 985 BGB .....	53
II. Der Herausgabeanspruch des Pfandgläubigers .....	54
1. Vertragliches Pfandrecht .....	54
2. Gesetzliches Pfandrecht .....	54
3. Pfändungspfandrecht .....	56
<b>C. Herausgabeansprüche aus früherem Besitz (§§ 861 I, 1007 I, II BGB) .....</b>	<b>57</b>
I. Der possessorische Besitzherausgabeanspruch aus § 861 I BGB .....	58
1. Voraussetzungen .....	58
a) Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht, § 858 I BGB .....	59
aa) Besitzer i.S.d. § 858 I BGB .....	59
bb) Entziehung ohne den Willen des Berechtigten .....	61
cc) Keine gesetzliche Gestattung .....	61
b) Anspruchsberechtigter .....	61
c) Anspruchsverpflichteter .....	62
d) Ausschluss nach § 861 II BGB .....	62
e) Erlöschensgründe nach § 864 BGB .....	63
f) Ausschluss petitorischer Einwendungen, § 863 BGB .....	63
2. Anspruchsinhalt .....	64

II. Die petitorischen Besitzherausgabeansprüche aus § 1007 BGB .....	64
1. Voraussetzungen des § 1007 I BGB .....	65
a) Bewegliche Sache.....	66
b) Anspruchsberechtigter .....	66
c) Anspruchsgegner gegenwärtig Besitzer .....	66
d) Anspruchsgegner bei Besitzerwerb bösgläubig .....	66
e) Kein Ausschluss nach § 1007 III BGB .....	66
2. Voraussetzungen des § 1007 II BGB .....	67
3. Anspruchsinhalt bei § 1007 I und II BGB.....	68
<b>§ 5 HERAUSGABEANSPRÜCHE AUS UNGERECHTFERTIGTER BEREICHERUNG .....</b>	<b>69</b>
<b>A. Herausgabe des Sacheigentums .....</b>	<b>69</b>
<b>B. Kondiktion des Besitzes.....</b>	<b>70</b>
I. Besitz als Gegenstand der Leistungskondiktion.....	70
II. Besitz als Gegenstand der Eingriffskondiktion .....	71
III. Rückerwerb des Nichtberechtigten.....	71
<b>C. Herausgabe anderer Vorteile .....</b>	<b>72</b>
<b>D. Herausgabe des durch die Verfügung eines Nichtberechtigten Erlangten</b> <b>(§ 816 I BGB).....</b>	<b>72</b>
<b>§ 6 „HERAUSGABE“-ANSPRÜCHE AUS UNERLAUBTER HANDLUNG .....</b>	<b>74</b>
<b>§ 7 SPEZIELLE HERAUSGABEANSPRÜCHE (VOLLMACHTSURKUNDEN, SCHULD- U.</b> <b>ERBSCHHEINE).....</b>	<b>76</b>
<b>A. Vollmachtsurkunden.....</b>	<b>76</b>
<b>B. Schuldscheine und Vollstreckungstitel .....</b>	<b>76</b>
<b>C. Erbscheine .....</b>	<b>76</b>
<b>§ 8 GESAMTANSPRÜCHE AUF HERAUSGABE VON SONDERVERMÖGEN .....</b>	<b>77</b>
<b>A. Herausgabeanspruch des Kindes bei Ende der elterlichen Sorge (§ 1698 I BGB) .....</b>	<b>78</b>
<b>B. Herausgabeanspruch des Mündels/Betreuten bei Ende der</b> <b>Vormundschaft/Betreuung (§§ 1807, 1872 I S. 1 BGB) .....</b>	<b>78</b>
<b>C. Herausgabeanspruch des Nacherben gegen den Vorerben (§ 2130 BGB).....</b>	<b>78</b>
I. Voraussetzungen.....	78
II. Anspruchsinhalt .....	78
1. Herausgabe der Erbschaft.....	78
2. Herausgabe der Surrogate .....	78
3. Herausgabe im Zustand ordnungsmäßiger Verwaltung.....	80
III. Verhältnis zu anderen Ansprüchen .....	80
<b>D. Erbschaftsanspruch (§ 2018 BGB).....</b>	<b>81</b>
I. Voraussetzungen.....	81
1. Anspruchsberechtigter .....	81
2. Anspruchsgegner.....	81

a) "Etwas aus der Erbschaft erlangt".....	82
b) "Auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts".....	82
II. Inhalt des Herausgabeanspruchs.....	83
1. Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten.....	83
2. Herausgabe der Surrogate .....	83
III. Verhältnis des Gesamtanspruchs aus § 2018 (i.V.m. § 2019 I) BGB zu anderen Ansprüchen .....	85
<b>§ 9 ANSPRÜCHE AUF HERAUSGABE VON NUTZUNGEN .....</b>	<b>86</b>
<b>A. Allgemeines .....</b>	<b>86</b>
I. Begriff der Nutzungen (§ 100 BGB).....	86
II. "Herausgabe" von Nutzungen .....	87
1. Sachen als Nutzungen.....	87
2. Andere Nutzungen .....	87
III. Übersicht.....	88
<b>B. Herausgabe von Nutzungen nach Rücktrittsrecht (§§ 346 I, 347 I BGB).....</b>	<b>88</b>
I. § 346 I BGB .....	88
II. § 347 I BGB .....	89
III. Besonderheiten beim gesetzlichen Rücktrittsrecht .....	89
<b>C. Nutzungsherausgabe im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 ff. BGB) .....</b>	<b>90</b>
I. Gutgläubiger, unverklagter Besitzer .....	91
1. Grundsatz des § 993 I, 2.Hs. BGB.....	91
2. Übermaßfrüchte .....	91
3. Deliktischer Besitzer (§ 992 BGB) .....	91
4. Unentgeltlicher Besitzer (§ 988 BGB).....	91
a) Gilt § 988 BGB auch für den Fremdbesitzer, der aufgrund eines (vermeintlichen) obligatorischen Besitzrechts besitzt? .....	92
b) Ist § 988 BGB analog auf den rechtsgrundlosen Besitzer anwendbar? .....	92
II. Bösgläubiger oder verklagter Besitzer.....	95
1. § 987 I BGB.....	95
2. § 987 II BGB.....	95
3. Ausnahme des § 991 I BGB .....	95
III. Deliktischer Besitzer (§ 992 BGB).....	96
<b>D. Nutzungsherausgabe aus ungerechtfertigter Bereicherung.....</b>	<b>97</b>
<b>E. Nutzungsherausgabe im Erbrecht.....</b>	<b>98</b>
I. §§ 2020 ff. BGB .....	98
1. Gutgläubiger, unverklagter Erbschaftsbesitzer.....	98
2. Verklagter oder bösgläubiger Erbschaftsbesitzer.....	98
3. Deliktischer Erbschaftsbesitzer.....	99
4. Verhältnis zu den Einzelansprüchen .....	99
II. § 2184 BGB .....	99

---

<b>§ 10 PROZESSUALE BESONDERHEITEN</b> .....	<b>100</b>
<b>A. Erkenntnisverfahren</b> .....	<b>100</b>
I. Bestimmte Bezeichnung des Herausgabegegenstandes im Klageantrag .....	100
II. Besondere und ausschließliche Gerichtsstände bei Herausgabeansprüchen .....	100
<b>B. Zwangsvollstreckungsverfahren</b> .....	<b>101</b>
I. Herausgabevollstreckung bei beweglichen Sachen.....	101
1. Anwendungsbereich der §§ 883 f. ZPO.....	101
2. Durchführung der Vollstreckung .....	102
II. Herausgabevollstreckung bei unbeweglichen Sachen.....	104
1. Anwendungsbereich des § 885 ZPO .....	104
2. Durchführung der Vollstreckung .....	104
3. Räumungsschutz, Vollstreckungsschutz .....	106
<b>§ 11 ANHANG: EXAMENSTYPISCHE KLAUSUR</b> .....	<b>108</b>

## § 1 EINLEITUNG

### A. Standort der Ansprüche im Gesetz

*Herausgabeansprüche finden sich über das gesamte BGB verteilt*

Ansprüche auf Herausgabe finden sich über das gesamte BGB verstreut. Sie können sich aus Vertrag, vertragsähnlichen Schuldverhältnissen, aus Sachenrecht, Bereicherung oder Delikt ergeben; dazu treten einige Normen aus dem Familien- und Erbrecht.

Dementsprechend werden Herausgabeansprüche auch in der Literatur an ganz unterschiedlichen Stellen diskutiert, zusammenhängende Darstellungen gibt es kaum.

Für den Examenskandidaten ist dies besonders misslich, da von ihm in dem im Rahmen des im Ersten Staatsexamen anzufertigenden Gutachten verlangt wird, *alle* einschlägigen oder auch nur nahe liegenden Anspruchsgrundlagen (wenn auch möglicherweise nur kurz) zu erörtern.

Mit Einzelwissen zu einer bestimmten Anspruchsgrundlage erreicht man also nicht viel. Wesentlich wichtiger ist es, das komplette System der Herausgabeansprüche vor Augen zu haben. Hier will das vorliegende Skriptum eine Hilfestellung bieten.

**hemmer-Methode: Lernen Sie nicht abstrakte Details zu bestimmten Anspruchsgrundlagen, sondern vergegenwärtigen Sie sich stets, wie und in welchem Zusammenhang diese in einem konkreten Examensfall auftauchen können.**

Ein einfaches Beispiel mag das Gesagte illustrieren:

*Bsp.: B nimmt dem E dessen aktuelle Auflage des GRÜNEBERG, KOMMENTAR ZUM BGB weg, um ihn bis zum Examen zu benutzen.*

1. Dass E einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB hat, liegt auf der Hand.
2. Aber oft werden die weiteren in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen vernachlässigt, so im vorliegenden Fall:
  - a) § 861 I BGB (verbotene Eigenmacht),
  - b) § 1007 I und II BGB (Anspruch des früheren Besitzers),
  - c) § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB (Eingriff in ein Recht zum Besitz<sup>1</sup>)
  - d) sowie - jeweils i.V.m. § 249 I BGB - § 823 I BGB (Sachziehung als Eigentumsverletzung), § 823 II i.V.m. § 858 BGB als Schutzgesetz<sup>2</sup> und § 826 BGB.

Diese Ansprüche können (und müssen!) in einem solch einfachen Fall natürlich rasch abgehandelt werden. Wer sie aber vergisst, verschenkt unnötig Punkte.

<sup>1</sup> Zu der Frage, inwieweit der Besitz als Gegenstand der Eingriffskondition in Betracht kommt, vgl. unten Rn. 130.

<sup>2</sup> Str., vgl. unten Rn. 135 ff.

## B. Anspruchsinhalt bzw. Gegenstand der Herausgabe

Was bedeutet Herausgabe?

Wenn das Gesetz einen Anspruch auf Herausgabe gibt, so kann der Gegenstand der Herausgabe ganz verschieden sein.

2

### I. Herausgabe von Sachen

Sachen im Sinne des § 90 BGB sind körperliche Gegenstände, gleich ob beweglich oder unbeweglich und unabhängig vom Aggregatzustand.

Der Inhalt des Herausgabeanspruchs hängt oft davon ab, in wessen Eigentum die Sache steht. Ist der Anspruchsberechtigte Eigentümer, kann Herausgabe nur Übertragung des unmittelbaren bzw. mittelbaren Besitzes bedeuten (z.B. bei der Vindikation gem. § 985 BGB).

Gehört die Sache bereits dem Herausgabeschuldner, ist dagegen unter Herausgabe die Übereignung der Sache an den Gläubiger zu verstehen; so etwa, wenn eine Sache in Erfüllung eines Kaufvertrags übereignet worden ist und nun lediglich das Verpflichtungsgeschäft angefochten wird. Der Herausgabeanspruch aus § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB (ebenso vertretbar wegen der ex-tunc-Wirkung der Anfechtung gem. § 142 I BGB ist § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB) ist dann gerichtet auf Übertragung von Besitz und Eigentum.

**hemmer-Methode: In der Fallbearbeitung sollte man daher nicht lediglich von einem Anspruch auf Heraus- oder Rückgabe der Sache sprechen, sondern konkret bezeichnen, was genau geschuldet ist: Anspruch auf Rückübereignung; Besitzverschaffung etc.**

### II. Herausgabe von sonstigen Gegenständen

Gegenstand der Herausgabe können aber nicht nur Sachen und Sachgesamtheiten sein, sondern auch Rechte, Leistungen und *jedes "etwas" im Sinne des § 812 I BGB bzw. jeder Gegenstand i.S.d. § 292 BGB.*

Dementsprechend kann auch der Begriff "Herausgabe" völlig verschiedene Bedeutungen haben. Bei Forderungen geschieht die "Herausgabe" durch Abtretung (§ 398 BGB), bei erlangten Buchpositionen durch die Einwilligung in die Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB) usw.

## C. Aufbau dieses Skriptums „Herausgabeansprüche“

Aufbau des Skriptums

Die meisten Ansprüche richten sich dabei auf Herausgabe einzelner Vorteile. Es gibt aber auch Gesamtansprüche, die auf die Herausgabe von Sondervermögen gerichtet sind (insbesondere der Erbschaftsanspruch gemäß § 2018 BGB).

3

#### Der Aufbau des Skriptums folgt dieser Unterscheidung:

1. Zunächst werden (in §§ 2-7) die Einzel-, dann (in § 8) die Gesamtansprüche auf Herausgabe besprochen.
2. Anschließend werden (in § 9) jene Ansprüche erörtert, die speziell für die Herausgabe von Nutzungen gelten.
3. Den Abschluss bildet (in § 10) eine Betrachtung der prozessualen Besonderheiten, die sich im Zusammenhang mit Herausgabeansprüchen ergeben.



## D. Kurzübersicht über die verschiedenen Herausgabeansprüche

Eine Übersicht über die verschiedenen Herausgabeansprüche gibt folgendes Prüfungsschema. Für die Nutzungsansprüche findet sich eine entsprechende Übersicht bei Rn. 176 dieses Skriptums.

4

### Übersicht

#### **I. Vertragliche Herausgabeansprüche**

1. Rückgabepflicht nach Vertragsbeendigung
2. Rückgabepflicht bei Rückabwicklung des Vertrags (§ 346 I BGB nach Rücktritt bzw. § 355 III S. 1 BGB nach Widerruf)
3. Herausgabeanspruch auf das stellvertretende commodum (§ 285 I BGB)
4. Schadensersatz in Form der Naturalrestitution gem. § 280 I BGB i.V.m. § 249 I BGB

#### **II. Vertragsähnliche Herausgabeansprüche**

1. Schadensersatz in Form der Naturalrestitution gem. § 249 I i.V.m. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB
2. Herausgabeansprüche aus echter und unechter GoA
3. Herausgabeansprüche aus unechter GoA (Geschäftsanmaßung)

#### **III. Sachenrechtliche Herausgabeansprüche**

1. Herausgabeanspruch aus dem Eigentum (§ 985 BGB)
2. Vindikation anderer dinglicher Berechtigter
3. Ansprüche aus früherem Besitz (§§ 861 I, 1007 I, II BGB)

#### **IV. Herausgabeansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung**

#### **V. Herausgabeansprüche aus unerlaubter Handlung**

Schadensersatz in Form der Naturalrestitution gem. § 249 I i.V.m. §§ 823 ff. BGB

#### **VI. Spezielle Herausgabeansprüche (Vollmachtsturkunden, Schuld- und Erbscheine)**

#### **VII. Gesamtansprüche auf Herausgabe von Sondervermögen**

1. Herausgabeanspruch des Kindes bei Ende der elterlichen Sorge (§ 1698 I BGB)
2. Herausgabeanspruch des Mündels/Betreuten bei Ende der Vormundschaft/Betreuung (§§ 1890 S. 1, 1908i I S. 1 BGB)
3. Herausgabeanspruch des Nacherben gegen den Vorerben (§ 2130 BGB)
4. **Wichtig:** Erbschaftsanspruch (§ 2018 BGB)

## § 2 VERTRAGLICHE HERAUSGABEANSPRÜCHE

### A. Rückgabepflicht nach Vertragsbeendigung

Vertragliche Ansprüche auf Herausgabe einer zeitweise überlassenen Sache entstehen, wenn ein zum Besitz berechtigendes Vertragsverhältnis endet.

5

#### I. Überblick

Dies gilt für

- ⇒ Miete, Pacht (§§ 546 I, 581 II BGB)
- ⇒ Leihe (§ 604 I BGB)
- ⇒ Verwahrung (§ 695 BGB)
- ⇒ Auftrag (§ 667 BGB),
- ⇒ Geschäftsbesorgung (§§ 675 I, 667 BGB)
- ⇒ Sonstige Verweisungen auf § 667 BGB, z.B. § 27 III BGB
- ⇒ Kommission (§ 384 II HS 2 HGB)
- ⇒ Dienst-/Arbeitsvertrag (Herausgabe der überlassenen Arbeitsmittel aufgrund vertraglicher Nebenpflicht; Rechtsgrundlage also § 611 bzw. § 611a i.V.m. § 242 BGB bzw. § 667 BGB analog)
- ⇒ Werkvertrag (Herausgabe der bearbeiteten Sache; Rechtsgrundlage §§ 631 I, 633 I BGB - weil die Ablieferung [„Verschaffung“; vgl. § 633 I BGB] ein Teil der Herstellung des Werkes ist).
- ⇒ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, OHG, KG (§ 736d V BGB, §§ 105 III, 161 II HGB; Herausgabe der Gegenstände, die der ausscheidende Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat) bzw. Anspruch der Gesellschaft auf Herausgabe der Gegenstände, die der Gesellschafter im Auftrag der Gesellschaft erlangt hat, §§ 161 II, 105 III HGB, 716 II BGB.

#### II. Leistungsstörungen

*Rückgabepflicht i.d.R. nicht im Synallagma*

Die vertraglichen Rückgabeansprüche stehen zwar regelmäßig nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis zu den Hauptpflichten gegenseitiger Gebrauchsüberlassungsverträge.

6

*Ausnahme: Ablieferungspflicht beim Werkvertrag nach h.M. Hauptpflicht*

Eine Ausnahme gilt nach h.M. für die Ablieferungspflicht beim Werkvertrag. Hier soll die Ablieferung im Synallagma mit der Zahlung des Werklohns stehen, wie § 641 BGB zeige. Folgt man dem, so sind bei Leistungsstörungen die §§ 320 ff. BGB anwendbar.

7

Angesichts der Parallelen zu den übrigen vertraglichen Rückgabeansprüchen lässt sich allerdings ebenso gut die Gegenauffassung vertreten, die auch in der Herausgabepflicht beim Werkvertrag eine Nebenleistungspflicht sieht.

Bei Leistungsstörungen kommt es jedoch nur auf die Unterscheidung leistungsbezogen / nicht leistungsbezogen an. Somit gelten die §§ 275 ff., 280 ff., 323 ff. BGB.

### III. Verhältnis zu § 985 BGB

Anspruchskonkurrenz, falls Vermieter/Verleiher = Eigentümer

Ist der Vermieter, Verleiher usw. zugleich Eigentümer der Sache, besteht zwischen dem vertraglichen Herausgabeanspruch und der Vindikation gem. § 985 BGB Anspruchskonkurrenz.<sup>3</sup>

8

Kollision von vertraglichem Herausgabeanspruch und § 985 BGB

Sind Vermieter usw. und Eigentümer dagegen personenverschieden, können vertraglicher Herausgabeanspruch und Vindikation kollidieren.

9

**Bsp.:** V hat B einen Computer geliehen, der dem E gehört. Nach einer Woche verlangt V den Computer, wie vereinbart, zurück (aufgrund § 604 I BGB). Kurz darauf ruft E bei B an und fordert unter Hinweis auf sein Eigentum ebenfalls Herausgabe des Computers (aufgrund § 985 BGB). B ist ratlos, wem er den Computer herausgeben soll.

Es sind bei der Lösung dieses Falls drei Konstellationen zu unterscheiden, von denen die ersten beiden unproblematisch sind.

1. V hatte gegenüber E ein Besitzrecht an dem Computer, hatte ihn also etwa seinerseits von E gemietet, und war auch befugt, den Besitz an einen Dritten, den B, zu übertragen.

In diesem Fall hat B ein abgeleitetes Besitzrecht gem. § 986 I S. 1 Alt. 2 BGB. E steht dann gar kein Anspruch aus § 985 BGB zu, und B ist nur dem V zur Herausgabe verpflichtet.

2. V hatte zwar gegenüber E ein Besitzrecht, durfte den Computer aber nach seiner Vereinbarung mit E nicht an B weitergeben. In diesem Fall kann V gem. § 604 I BGB Herausgabe an sich und der E nach §§ 985, 986 I S. 2 BGB ebenfalls nur Herausgabe an den V verlangen. Wenn B also den Computer an V zurückgibt, sind beide Ansprüche erfüllt.

3. Nun kommt die problematische Variante, in der B in eine Zwickmühle zu geraten scheint: V hat gegenüber E kein Besitzrecht.

Der Anspruch des V aus § 604 I BGB geht auf Herausgabe an V, der des E aus § 985 BGB auf Herausgabe an E. Dass der Anspruch des E aus § 985 BGB einredefrei besteht, ist unbestritten. Teile der Literatur wollen aber B aus dem Dilemma helfen, indem sie ihm eine Einrede gegen den Herausgabeanspruch des V aus § 604 I BGB gewähren, nämlich die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Denn B sei der Gefahr von Schadensersatzansprüchen des E gem. §§ 989, 990 BGB ausgesetzt, wenn er die Sache an den V herausgebe. Nach Treu und Glauben könne V von B eine solche Selbstgefährdung nicht verlangen, weil er selbst den B durch die unerlaubte Leihe in diese Konfliktsituation gebracht und kein schützenswertes Interesse an der Wiedererlangung des Besitzes habe (er müsste diesen ja sogleich an E weiter übertragen). B schuldet danach also nur Herausgabe an E.

Anders entscheidet zu Recht die h.M.:<sup>4</sup> B hat in der Regel keinen Einblick in das Verhältnis V-E, kann also die Frage des Besitzrechts des V gar nicht beurteilen. Wenn er die Sache an seinen Vertragspartner zurückgibt, obwohl sie eigentlich dem E zusteht, trifft ihn deshalb kein Verschulden. Er ist also nicht dem Anspruch des E aus §§ 989, 990 BGB ausgesetzt; folglich besteht kein Grund, die Herausgabe an V als dem B unzumutbar anzusehen. B kann dem V somit nach h.M. *nicht* die Einrede des § 242 BGB entgegenhalten.<sup>5</sup>

3 Fast allgemeine Meinung; anders nur die Lehre vom Vorrang des Vertragsverhältnisses, dazu unten bei § 985 BGB, Rn. 50.

4 BGHZ 73, 317-323 (321 ff.) = [juris](http://www.juris.de/juris/byhemmer)byhemmer. (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „[juris by hemmer](http://www.juris.de/juris/byhemmer)“: [www.hemmer.de](http://www.hemmer.de)).

5 B ist also tatsächlich Ansprüchen sowohl des E als auch des V ausgesetzt. Um eine echte Zwickmühle handelt es sich gleichwohl nicht: Denn B kann getrost einen der beiden Ansprüche erfüllen, ohne sich dem jeweils anderen schadensersatzpflichtig zu machen.

Anders verhält es sich nur, wenn B weiß, dass V gegenüber E nicht bereitzubehalten ist. Denn hier würden dem B tatsächlich Schadensersatzansprüche aus §§ 989, 990 BGB und ggf. § 826 BGB (vom EBV nicht gesperrt!) drohen.

**hemmer-Methode: Natürlich wird eine Kenntnis dieses Streitstands in der Examensklausur nicht verlangt. Aber das Problem (die Kollision der Herausgabeansprüche) muss erkannt und argumentativ behandelt werden. Schärfen Sie Ihr Problembewusstsein. Denn anders als im "normalen" Leben gilt bekanntlich: Probleme schaffen, nicht weg-schaffen!**

#### IV. Vertragliche Herausgabeansprüche gegen Dritte?

grds. nur relative Wirkung

Vertragliche Herausgabeansprüche verpflichten naturgemäß grundsätzlich nur den Vertragspartner. Doch bestimmt § 546 II BGB, dass der Vermieter die Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses auch von einem Dritten zurückfordern kann, dem der Mieter den Gebrauch der Sache überlassen hat. 10

Dasselbe normiert § 604 IV BGB für die Leihe; in Rechtsanalogie zu den §§ 546 II, 604 IV BGB gilt Entsprechendes auch für den Rückgabeanspruch bei der Verwahrung (§ 695 BGB).<sup>6</sup>

Wie man diese Ansprüche einordnet, ob als gesetzliche oder als vertragliche Ansprüche besonderer Art, ist müßig. Im Gutachten sollten sie jedenfalls grundsätzlich<sup>7</sup> vor den sachenrechtlichen Ansprüchen geprüft werden.

Problem: Der Dritte ist Eigentümer geworden

In diesem Zusammenhang stellt sich ein auch in Examensklausuren beliebtes Problem. 11

**Fall:** V hat B sein Mountainbike geliehen. D, der das Rad bei B sieht und diesen für den Eigentümer hält, findet an dem Rad Gefallen und macht B ein gutes Kaufangebot. B geht auf das Geschäft ein und veräußert dem D das Rad.

Hat V gegen D Ansprüche auf Herausgabe des Fahrrads?

##### 1. Anspruch auf Herausgabe gem. § 604 IV BGB

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen des § 604 IV BGB vorliegen. Dazu müsste der Entleiher B das Rad einem Dritten D **den Gebrauch überlassen**.

Unter Gebrauchsüberlassung versteht aber grundsätzlich das gleiche wie bei § 546 BGB, nämlich die Einräumung des Besitzes.<sup>8</sup> Die Veräußerung fällt nach umstrittener, aber ganz h.M. nicht darunter.

Dieses Problem könnte jedoch dahinstehen, wenn ein Anspruch aus § 604 IV BGB jedenfalls aus anderen Gründen ausscheidet. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass D gem. §§ 929 S. 1, 932 I S. 1, II BGB gutgläubig Eigentum an dem Rad erworben hat. Gäbe D das Rad an V heraus, müsste dieser es dem D aufgrund § 985 BGB sofort wieder zurückgeben. Dem Anspruch aus § 604 IV BGB steht daher die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen ("dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est").

<sup>6</sup> Allgemeine Meinung.

<sup>7</sup> Vgl. aber das Folgende.

<sup>8</sup> Vgl. Grüneberg, § 604 Rn. 8; § 603, Rn. 1; § 540 Rn. 4