

Wintersemester 2018/19

## Modul Zivilrecht ZII, 1. Wiederholungsklausur am 3.5.2019

Verantwortlich: Prof. Dr. Reinhard Singer

- Die Aufgabe umfasst zwei Seiten -

### Klausurteil A: Sachenrecht/ZPO (Gewichtung 66,67 %)

#### Sachverhalt:

Der Verlag H verlegt aufwendig gestaltete Bildbände, vor allem im naturwissenschaftlichen Bereich. Zu seinen Vertriebsmethoden zählt es, bestimmten gewerblichen Abnehmern in unregelmäßigen Abständen neu erschienene Bände probeweise zuzusenden. Dies läuft folgendermaßen ab: Die Kunden erhalten von H einen Brief, der die probeweise Zusendung ankündigt und aus dem hervorgeht, dass die probeweise Benutzung sieben Tage nach Empfang endet. Die Bücher versendet H dann ohne weiteres Zutun des Kunden in der Regel fünf Tage später. Sieben Tage nachdem der Kunde die Bücher erhalten hat, kann er sich entscheiden, den entsprechenden Band zu kaufen, indem er einen beiliegenden Bestellschein ausfüllt und an H sendet. Sofern er dies nicht tut, ist er aufgefordert, den Band an H zurückzusenden.

E betreibt einen Buchladen, der sich auf besonders seltene und hochwertige Bildbände spezialisiert hat.

Eines Tages wird einer der Ankündigungsbriefe des H versehentlich in den Briefkasten des D geworfen. In diesem Schreiben kündigt H dem E an, dass er ihm in 5 Tagen den jüngst erschienenen Bildband „Im Dunkeln des Ozeans“ mit einzigartigen Fotografien der Flora und Fauna des Meeresbodens zusenden wird. Da D gerade knapp bei Kasse ist, kommt ihm nach Lektüre des Briefes eine „Geschäftsidee“: D gibt sich gegenüber dem E als selbständiger Zwischenhändler für Bildbände aus, der auch die Bücher des H im Sortiment hat. Er überredet E zum Kauf eines Exemplars des Bildbandes „Im Dunkeln des Ozeans“. E bezahlt den Kaufpreis in Höhe von 500€ sofort an D. D kündigt dem E an, dass die Lieferung direkt durch H in den nächsten Tagen erfolgt und das Eigentum am Buch mit der Übergabe an E auf diesen übergehen soll.

Zwischenzeitlich hat H das Transportunternehmen T mit der Lieferung des Bandes an E beauftragt. Als T den Band anliefert, ist E hocherfreut und platziert den Band sofort in seinem Schaufenster. Aus Versehen hatte T vergessen, dem E einen Lieferschein auszuhändigen. Nach Ablauf der sieben Tage fordert H den E auf, ihm den Band zurückzuschicken oder ihn zu kaufen und den Kaufpreis zu bezahlen. E weigert sich und behauptet, er habe den Band von D übereignet bekommen. H meint, es könne doch nicht sein, dass er, H, sein Eigentum am Bildband allein dadurch verliere, dass E sich habe täuschen lassen.

**Frage 1:** Hat H einen Anspruch gegen E auf Herausgabe des Bildbandes? Es sind nur **dingliche** Ansprüche zu prüfen.

Das Unternehmen des H ist mittlerweile in finanziellen Schwierigkeiten. So wurde wegen einer offenen Kaufpreisforderung in Höhe von 1.000€ bereits ein tituliertes Urteil erwirkt. Der Gläubiger X betreibt nun die Zwangsvollstreckung. Als der Gerichtsvollzieher bei E vorstellig wird und in den Band (im Wert von 500€) vollstrecken möchte, will E das nicht hinnehmen. Er sei doch Eigentümer



des Bildbandes geworden. Der Gerichtsvollzieher ist anderer Ansicht und nimmt den Bildband kurzerhand mit. E möchte gegen dieses skandalöse Verhalten des Gerichtsvollziehers vorgehen: Er meint, dass der Gerichtsvollzieher nichts, was in seinem Besitz ist, einfach mitnehmen könne und es zudem „überaus rechtswidrig“ sei, dass „seine Sache“ für eine Schuld des H gepfändet werde.

**Frage 2:** Welche Rechtsbehelfe haben Aussicht auf Erfolg?

Beide Fragen sind in einem Rechtsgutachten zu beantworten. Dabei ist auf alle aufgeworfenen rechtlichen Probleme einzugehen, ggf. hilfsgutachterlich.

## **Klausurteil B: Familien- und Erbrecht (Gewichtung 33,33 %)**

Michael (M) und Friederike (F) sind seit 2010 verheiratet und leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Am 15. Mai 2014 wird F von Kevin (K) entbunden. Anfang 2017 kommen M Zweifel, ob er der biologische Vater von K ist. Im Rahmen einer mit Zustimmung von M und F vorgenommenen genetischen Abstammungsuntersuchung wurde festgestellt, dass M nicht der biologische Vater von K ist.

1. Hat M einen Anspruch auf Auskunft gegen F über die Person des biologischen Vaters? F ist der Ansicht, dass es dafür an einer gesetzlichen Grundlage fehle.
2. Hat M einen Anspruch auf Ersatz der Rechtsanwalts- und Gerichtskosten, die er für das von ihm wegen des Treuebruchs der F eingeleitete Scheidungsverfahren aufgewendet hat?
3. Hat M als Scheinvater einen Regressanspruch gegen F auf Erstattung der von ihm erbrachten Unterhaltsleistungen für K?
4. Angenommen, K erlangt eines Tages Kenntnis von der Identität seines biologischen Vaters B. Hat er Aussichten, im Falle des Todes von B an dessen Nachlass beteiligt zu werden, wenn B verheiratet und Vater eines ehelichen Kindes namens Emil war, ggf. in welchem Umfang?

### **Hinweis für die Bearbeiter/innen:**

Beantworten Sie die gestellten Fragen und begründen Sie ihre Ansicht, ggf. in einem Hilfsgutachten!

**Arbeitszeit:** 4 Stunden

Viel Erfolg!



## Lösungsskizze

### **Klausurteil A: Sachenrecht/ZPO (Gewichtung 66,67 %)**

#### **Frage 1: Herausgabe des Bildbandes**

Zu prüfen ist, ob H dingliche Herausgabeansprüche gegen E zustehen.

#### **I) Anspruch H gegen E auf Herausgabe aus § 985 BGB**

H könnte gegen E einen Anspruch auf Herausgabe des Bildbandes „Im Dunkeln des Ozeans“ gem. § 985 BGB haben.

1) E als Anspruchsgegner müsste Besitzer des Bildbandes sein. Er übt gem. § 854 Abs. 1 BGB die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft über den Bildband aus, der sich in seinem Schaufenster ausgestellt ist.

2) H als Anspruchsteller müsste Eigentümer des Bildbandes sein.

a) Ursprünglich war H Eigentümer; § 1006 Abs. 2 BGB.

b) H könnte sein Eigentum aber durch Einigung und Übergabe gem. § 929 S. 1 BGB an E verloren haben. Eine dingliche Einigung setzt als Rechtsgeschäft ein Angebot und Annahme gem. §§ 145 BGB voraus. H müsste ein Übereignungsangebot abgeben haben.

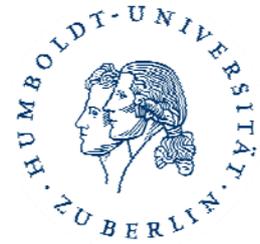
Zunächst könnte H mit der Zusendung des Briefes ein aufschiebend bedingtes Angebot zur Übereignung verbunden haben. Notwendig dafür ist aber, dass E dieses Angebot auch zugegangen ist (§ 130 I S. 1 BGB). E hat das Schreiben des H nicht erhalten, es ist ihm daher nicht zugegangen.

Anmerkung: Da dem E das Schreiben hier nicht zugegangen ist, ist es an dieser Stelle auch nicht notwendig, das Schreiben des H auszulegen.

Ein Übereignungsangebot könnte H aber auch mit dem Versenden des Bildbandes an E abgegeben haben. Geht man davon aus, dass die Erklärung zur Übereignung in der Anlieferung des Buches – übermittelt durch den Boten T – zu sehen ist, wäre E diese Erklärung zwar zugegangen. Fraglich ist aber, ob dem Anliefern des Buches auch der Erklärungsgehalt eines Übereignungsangebots von H an E zukommt. Dazu muss die Handlung des Anliefern ausgelegt werden. Auszulegen ist sie gem. §§ 133, 157 BGB anhand des objektiven Empfängerhorizonts. Da weder ein Lieferschein des H noch andere begleitende Schreiben dem Bildband beigelegt waren, musste sich die Anlieferung des Bildbandes aus Sicht des E als Erfüllung der Verpflichtung des D zur Übereignung darstellen und nicht als Übereignungsangebot des H. Aus der maßgeblichen Sicht des E beschränkte sich die Rolle des H auf die Lieferanten. Somit ist E keine Willenserklärung, die ein Übereignungsangebot des H beinhaltet, zugegangen.

Mangels Einigung hat H sein Eigentum am Bildband nicht gem. § 929 S. 1 BGB an E verloren.

c) H könnte aber sein Eigentum durch eine Verfügung des D an E verloren haben. D könnte nämlich gem. § 929 S. 1 BGB an E übereignet haben.



Voraussetzung für eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB wäre, dass D als Berechtigter verfügt hat. Berechtigt ist der in der Verfügungsgewalt unbeschränkte Eigentümer oder der zur Verfügung ermächtigte Nichteigentümer. D ist weder Eigentümer, noch war er zu Verfügung ermächtigt. Eine Übereignung durch D an E gem. § 929 S. 1 BGB scheidet damit aus.

Anmerkung: Es ist Berarbeiter\_innen nicht negativ anzurechnen, wenn diese die Verfügung des D an E gem. § 929 S. 1 BGB ausführlicher prüfen, als hier vorgeschlagen und die Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB nicht sofort an der – offensichtlich – fehlenden Berechtigung scheitern lassen. Richtigerweise wäre dann wie folgt vorzugehen: (1) Eine antizipierte Einigung liegt zwischen D und E vor (s.u. aa.). (2) Im Rahmen der Übergabe wäre der Besitzverlust des D – der nie Besitz am Bildband hatte – zu problematisieren, sodann aber festzustellen, dass es keines Besitzes des Veräußerers bedarf, wenn eine Geheißperson vorliegt (s.u. bb.). Bei Subsumtion unter den Tatbestand der Geheißperson wäre aber festzustellen, dass H gerade keine ist, weil er sich nicht dem Willen des D unterordnet, weshalb an dieser Stelle auf das Problem der Scheingeheißperson eingegangen werden könnte. Möglich ist auch mit Verweis auf die Sicht eines objektiven Dritten H hier als Geheißperson anzusehen und damit zunächst den Besitzverlust auf Veräußererseite mit der Abgabe des Bandes durch T an E zu bejahen (letzteres hat den Vorzug, das Problem der Scheingeheißperson als Problem der Rechtsscheinhaftung im Rahmen des § 932 BGB zu behandeln). Damit wäre eine Übergabe zu bejahen, sogleich aber eine Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB an der (3) fehlenden Berechtigung abzulehnen. Sodann wäre mit der Prüfung des § 932 BGB – wie in der Lösung hier – fortzufahren. Die Prüfungspunkte „Einigung“ und „Übergabe“ bedürfen dann freilich nicht mehr der vertieften Bearbeitung, soweit auf diese schon im Rahmen des § 929 S. 1 BGB eingegangen wurde.

d) E könnte Eigentum am Bildband gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB erworben haben.

aa) Dafür ist eine Einigung zwischen D und E nötig. D und E haben sich über den Eigentumsübergang am Bildband geeinigt, und zwar bereits antizipiert zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses.

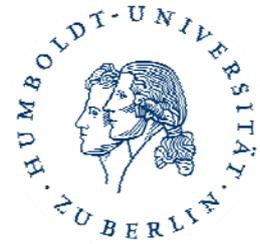
bb) Des Weiteren müsste D dem E den Band übergeben haben. Eine Übergabe im Sinne des § 929 S. 1 BGB setzt voraus, dass auf Veräußererseite Besitz vollständig aufgegeben wird und auf Erwerberseite Besitz auf Veranlassung des Veräußerers erlangt wird.

E hat unzweifelhaft Besitz am Bildband erlangt. Zudem erfolgte dies auch – aus der maßgeblichen Sicht des Erwerbers E<sup>1</sup> – auf Veranlassung des Veräußerers, des D.

Fraglich ist aber, ob D seinen Besitz aufgegeben hat. Weder war D unmittelbarer Besitzer im Sinne von § 854 Abs. 1 BGB, noch war er mittelbarer Besitzer. Es bestand zwischen D und H bzw. zwischen D und T kein Besitzmittlungsverhältnis, das einen mittelbaren Besitz des D gem. § 868 BGB begründen könnte. Schließlich waren weder T noch H Besitzdiener gem. § 855 BGB mangels eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses im Verhältnis zu D. Somit hatte D als Veräußerer nie Besitz am Bildband.

Nach ganz h.A. ist eine Besitzposition des Veräußerers für eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB aber auch nicht zwingend erforderlich. Die Besitzaufgabe im Rahmen des Übergabetatbestandes soll die Ernsthaftigkeit des Verfügungswillens demonstrieren – mit der vollständigen Aufgabe jeglichen Besitzes signalisiert der Veräußerer, zukünftig nicht mehr Eigentümer sein zu wollen. Um

<sup>1</sup> Vgl. Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 5 Rn. 18



die Ernstlichkeit des Veräußerungswillens zu demonstrieren reicht es aber aus, dass der Veräußerer über Besitzverschaffungsmacht verfügt. Besitzverschaffungsmacht hat der Veräußerer jedenfalls dann, wenn er einen Dritten anweisen kann, die Sache an den Erwerber zu übergeben, und dieser Dritte – die sog. Geheißperson – die Anweisung tatsächlich befolgt. Die Anerkennung der Einschaltung einer Geheißperson rechtfertigt sich insbesondere auch daraus, dass das Gesetz selbst die besitzlose Veräußerung nach § 934 Var. 2 BGB kennt. Anders als in § 934 Var. 2 BGB ist der Veräußerer sogar in der Lage, seine Geheißperson mittels einer Anweisung zu steuern, also seine Fähigkeit zu demonstrieren, dem Erwerber den Besitz zu verschaffen.

Fraglich ist, ob H tatsächlich als Geheißperson des D fungierte. Eine Geheißperson liegt vor, wenn jemand auf Weisung des Veräußerers tätig wird und sich subjektiv der Weisung des Veräußerers unterordnet. H hat sich der Weisung des D allerdings nicht untergeordnet, sondern handelte in Erfüllung einer vermeintlichen eigenen Verbindlichkeit. Objektiv war H somit keine Geheißperson. Allein aus der Sicht des E stellte sich es allerdings so dar, als würde ihm das Buch auf Geheiß des D ausgeliefert.

cc) Zu klären ist, ob die Übergabe der Sache durch eine Person, die sich aus Sicht des Erwerbers als Geheißperson darstellt, obwohl die Person nicht auf Anweisung des Veräußerers handelt, für eine Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB ausreicht und damit einen gutgläubigen Erwerb i.S.d. § 932 Abs. 1 BGB begründen kann. Als Ausprägung einer allgemeinen Vertrauenshaftung,<sup>2</sup> bedarf es für § 932 eines objektiven Rechtsscheintatbestandes. Dieser ist im Fall des § 932 Abs. 1 die Übergabe im Sinne des § 929 S. 1 BGB. Für den im Gesetz lediglich angedeuteten Fall des Erwerbs mittels einer Geheißperson, ist jedoch fraglich worin der Rechtsscheintatbestand zu sehen ist.

Nach überwiegender Ansicht in der Literatur begründet der bloße Anschein, dass ein Dritter auf Geheiß des Veräußerers die Sache übergibt, keinen Rechtsscheintatbestand, der Voraussetzung für einen gutgläubigen Erwerb i.S.d. § 932 Abs. 1 BGB ist.

- Es fehlt am gesetzlich geforderten Rechtsschein des Besitzes. Die Anerkennung des Scheingeheißerwerbs bedeute eine systemwidrige Erweiterung der Rechtsscheintatbestände über den bereits gesetzlich nicht geregelten (echten) Geheißerwerb hinaus.
- Der Glaube an die Geheißbefolgung durch den unmittelbaren Besitzer sei nur ein guter Glaube an das Bestehen eines Rechtsscheinträgers; das BGB schütze nur den Glauben an das Bestehen eines Rechts auf Basis eines tatsächlich existenten Rechtsscheinträgers.

Rechtsprechung und Teile der Literatur gehen demgegenüber auch beim Vorliegen einer nur scheinbaren Geheißperson von der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs aus. Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass der Veräußerer [hier: D] die Scheingeheißperson [hier: H] rein tatsächlich zur Übergabe veranlasst und jedenfalls in dieser Hinsicht über Besitzverschaffungsmacht verfügt – wenngleich die Veranlassung zur Übergabe nicht auf einer tatsächlichen Weisungsmacht, sondern auf Täuschung beruht. Hierfür werden folgende Argumente angeführt:

- Der gesetzlich geforderte Rechtsschein ist gar nicht der Besitz, sondern – wie § 934 Alt. 2 und § 932 Abs. 1 S. 2 BGB belegen – die Besitzverschaffungsmacht, also die Macht zu veranlassen, dass der Erwerber Besitz an der Sache in der jeweiligen von §§ 932-934 geforderten Form, erlangt. Über diese Besitzverschaffungsmacht verfügt aber auch der Veräußerer, der eine Scheingeheißperson zur Übertragung des unmittelbaren Besitzes tatsächlich veranlassen kann.

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 52 Rn. 8 ff. und auch *Oechsler* in: *MüKoBGB*, § 932 Rn. 4-8 mwN.



- Schutz des Erwerbers, aus dessen Perspektive nicht erkennbar ist, ob es sich um eine echte Geheißperson oder eine Scheingeheißperson handelt (Verkehrsschutz). Der Erwerber kann nur die tatsächliche Besitzverschaffungsmacht erkennen, deshalb muss diese genügen.

Letztere Ansicht ist zwar überzeugend. Im vorliegenden Fall hat D den H jedoch nicht dazu veranlasst – nicht einmal durch Täuschung – den Besitz auf E zu übertragen.

Anmerkung: Bis zu dieser Stelle erfordert die Lösung des Falles von den Bearbeiter\_innen Standardwissen über den Scheingeheißerwerb. Da es sich um ein oft diskutiertes und auch in den die Vorlesung begleitenden Arbeitsgemeinschaften besprochenes Problem handelt, kann auch von durchschnittlichen Bearbeiter\_innen eine vertiefte Argumentation erwartet werden.

Besonders zu honorieren ist, wenn Bearbeiter\_innen ausgehend von diesem Ergebnis erkennen, dass sich der Fall von einem „normalen“ Fall des Scheingeheißerwerbs unterscheidet und die nun folgenden Problemlagen erkennen:

Im vorliegenden Sachverhalt findet *überhaupt keine* Einwirkung des Veräußerers auf die Scheingeheißperson statt. Es erscheint daher folgerichtig davon zu sprechen, dass D keine Besitzverschaffungsmacht innehat, sofern sich – wie hier – der Veräußerer einen Zufall ausnutzend sich als Eigentümer geriert. Zu untersuchen ist also, was unter Besitzverschaffungsmacht genau zu verstehen ist.

Die Rechtsprechung des BGH legt nahe, dass es für den Scheingeheißerwerb allein darauf ankommt, wie sich die Situation aus Sicht des Erwerbers darstellt. Darauf stellt der BGH in seinen Urteilen zum Scheingeheißerwerb maßgeblich ab: Entscheidend ist, dass die vom nichtberechtigten Veräußerer angekündigte Übergabe tatsächlich erfolgt.<sup>3</sup> Die Literatur bestätigt die Aussage, dass sich Besitzverschaffungsmacht beim Scheingeheißerwerb allein nach dem „äußeren Erscheinungsbild“ beurteilt.<sup>4</sup> Kern der Besitzverschaffungsmacht ist es dann, dass es einem nichtberechtigten und nichtbesitzenden Dritten gelingt, eine Besitzsituation herzustellen, die er „angekündigt“ hat. Allein an diesen Vorgang wäre dann der Rechtsschein zu knüpfen. Indem D dem E zusagte, H werde zur Erfüllung des Kaufvertrages den Bildband liefern, demonstrierte er Besitzverschaffungsmacht im zuletzt genannten Sinn – ohne, dass er auf H einwirkte. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass aus Sicht des E der für einen gutgläubigen Erwerb erforderliche Rechtsscheintatbestand bzgl. der Besitzverschaffungsmacht vorliegt.

Anmerkung: Gut vertretbar ist auch, dass schon keine Besitzverschaffungsmacht vorliegt. Dies sollte aber entsprechend begründet werden.

<sup>3</sup> Vgl. BGH NJW 1974, 1132, 1134: „Die Tatsache, daß der Dritte aus der Sicht des Empfängers dem ‚Geheiß‘ des Veräußerers tatsächlich folgt, weist den Veräußerer gegenüber dem Empfänger ebenso als ‚Herrn der Sache‘ aus, wie wenn der Dritte die Weisung des Veräußerers kennt und sich ihr in voller Kenntnis unterwirft.“

<sup>4</sup> Vgl. *Oechsler* in: MüKoBGB, § 932 Rn. 17 [„Der Alteigentümer hat in diesen Fällen aufgrund des Rechtsgedankens des § 935 Abs. 1 das Risiko des Missverständnisses auf Seiten des Erwerbers zu tragen hat. Die Betrachtungsweise eines objektiven Beobachters, in der Person, die den Besitz vom Eigentümer empfängt, nicht aber die innere Motivation des Alteigentümers, gibt daher den Ausschlag]; *Klinck* in: BeckOGK, § 932 Rn. 84 [„In den Fällen des Geheißerwerbs liegt der wahrnehmbare Rechtsschein für das nicht wahrnehmbare Eigentum in der Besitzverschaffungsmacht; da die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs dazu dient, das Vertrauen des Rechtsverkehrs in diesen Rechtsschein zu schützen, muss es auch für die Frage, ob der Veräußerer Besitzverschaffungsmacht hat, auf den Erkenntnishorizont des Erwerbers ankommen.“]; ebenso *Wiegand* in: Staudinger, § 935 Rn. 24-28.



cc) E müsste auch gutgläubig gem. § 932 Abs. 2 BGB gewesen sein. Es bestehen keine Zweifel an der Gutgläubigkeit des E. Insbesondere wurde kein Lieferschein ausgegeben, sodass für E auch nicht erkennbar, dass der H in Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit handelte.

dd) Zudem dürfte die Sache nicht gem. § 935 BGB abhandengekommen sein. Abhandenkommen ist der unfreiwillige Besitzverlust des Eigentümers. H hat den Besitz am Bildband freiwillig übertragen. Unbeachtlich wäre es zudem wenn H getäuscht worden wäre, da es bei der Freiwilligkeit nicht auf den rechtsgeschäftlichen, sondern den natürlichen Willen des Veräußerers ankommt. Fraglich ist aber, ob § 935 BGB nicht dahingehend auszulegen ist, dass auch die eigenmächtige Umdeutung des Auslieferungsvorgangs durch D – ohne das diesem eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf H zusteht – als „Abhandenkommen“ zu werten ist.

Dies lässt sich vorallem vor dem Hintergrund erwägen, dass gutgläubige Erwerb als Vertrauenshaftung erfordert,<sup>5</sup> dass derjenige zu dessen Ungunsten der Rechtschein wirkt, diesen zurechenbar veranlasst hat. Darin besteht die Funktion des Abhandenkommens in § 935 BGB. Gibt nämlich der Veräußerer die Sache in den Rechtsverkehr, dann kann ihm die Veranlassung eines Rechtsscheins – der vom Besitz der Sache ausgeht – zugerechnet werden. Auch für den Scheingeheißerwerb ist daher zu überlegen, wann dem Eigentümer die Veranlassung nicht mehr zugerechnet werden kann. Im sog. Kohlenfall und auch im sog. Hemdenfall hat der BGH jeweils entschieden, dass eine direkte Täuschung die Zurechnung nicht ausschließt, da im Rahmen des Abhandenkommens der natürliche Wille maßgeblich ist. Insbesondere im Hemdenfall hat der BGH darauf hingewiesen, dass das Verhalten des Dritten (also der scheinbaren Geheißperson) für den Empfänger objektiv betrachtet eine Erfüllung durch den Schuldner darstellt.<sup>6</sup>

Anders als in den genannten Fällen wusste H aber gar nichts von einer Beziehung zwischen D und E. H Hat folglich auch in keiner Weise dem D vertraut (wie wenn er sich z.B. durch ihn hätte täuschen lassen). Es ist allein D, der sich durch die Umdeutung der Auslieferung gegenüber E zum Inhaber von Besitzverschaffungsmacht geriert. Dieses Verhalten ist ein Eingriff in die Befugnisse des H, der dem eines Diebes vergleichbar ist.<sup>7</sup> Rekurriert man zudem auf die hinter § 935 BGB stehende Wertung, die letztlich das Risiko eines Irrtums über die Eigentümerstellung des Veräußerers entweder dem Eigentümer oder Erwerber zuordnet. „Wenn die Besitzaufgabe durch eine Manipulation der Willensbildung bewirkt wurde, trägt der Eigentümer das Risiko für derartige Manöver als Opfer der Täuschung.“<sup>8</sup> Im vorliegenden Fall hatte H keinen Einfluss auf das Verhalten oder auch nur Kenntnis von der Rolle des D. Dagegen stand E im Kontakt mit D, stand ihm und der Täuschung somit näher, als der H. Insofern erscheint es hier wertungsgerecht, davon auszugehen, dass H den Rechtsschein in nicht zurechenbarer Weise veranlasst hat.

<sup>5</sup> Vgl. dazu *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 52 Rn. 8 ff. und auch *Oechsler* in: MüKoBGB, § 932 Rn. 4-8 mwN.

<sup>6</sup> BGH NJW 1974, 1132, 1134: „Hier erschien – wie dargelegt – die Lieferung des Dritten (E.s) objektiv betrachtet aus der Sicht des Empfängers (des Beklagten) als Leistung des wahren Schuldners (M's), des Veräußerers der übergebenen Gegenstände. *Daß es so war, ist letztlich auf das Verhalten des Dritten zurückzuführen und diesem daher auch zurechenbar.*“

<sup>7</sup> Vgl. die Konstellation des vorliegenden Falles: *Klinck* in: BeckOGKBGB, § 932 Rn. 85 mwN; ähnlich auch *Wiegand* in: StaudingerBGB, § 932 Rn. 28: „Infolgedessen scheitert ein Erwerb [vom nichtbesitzenden und nichtberechtigten Veräußerer], wenn die Sache ohne jede Einflussnahme des Veräußerers an den Erwerber gelangt“.

<sup>8</sup> *Wiegand* in: StaudingerBGB, § 932 Rn. 27; vgl. auch *Oechsler* in: MüKoBGB, § 932 Rn. 17.



Anmerkung: Wie bereits oben erwähnt gilt: Zu honorieren ist, wenn erkannt wird, dass hier dieser Fall des Scheingeheißerwerbs vom „Standardfall“ abweicht und dies dann auch diskutiert wird. Dabei ist egal, ob dies bereits anlässlich des Bestehens von Besitzverschaffungsmacht oder aber im Rahmen des § 935 BG passiert. Wird der Eigentumserwerb dann doch bejaht wird, sollte dies – sofern es begründet wird – nicht negativ gewertet werden.

ee) Ein gutgläubiger Erwerb ist damit i.E. ausgeschlossen ist. E hat kein Eigentum am Bildband erlangt. H ist Eigentümer des Bildbandes geblieben.

3) Möglicherweise steht E aber ein Recht zum Besitz des Bildbandes gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB zu.

Dieses könnte sich aus dem Vertrag des D mit E ergeben. Der Kaufvertrag zwischen D und E berechtigt diesen zum Besitz, allerdings aufgrund der relativen Wirkung obligatorischer Rechte nur gegenüber D. Gegenüber H kann sich E nicht auf den Kaufvertrag mit D berufen. Zudem ist nicht ersichtlich, dass D im Verhältnis zu H über ein Recht zum Besitz verfügt, sodass sich E auch nicht auf ein abgeleitetes Besitzrecht gem. § 986 Abs. 1, 2. Alt. BGB berufen kann.

Denkbar erscheint allein ein Recht zum Besitz aus § 241a BGB. Zwar ist strittig, ob die Norm ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 Abs. 1 S. 1 BGB verleiht.<sup>9</sup> Diese Frage kann aber dahinstehen, wenn die Voraussetzungen des § 241a ohnehin nicht vorliegen. Für die Anwendung des § 241a muss der Versender Unternehmer und der Empfänger Verbraucher sein. Vorliegend ist aber davon auszugehen, dass der Buchhändler E kein Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist. Der Sachverhalt macht auch deutlich, dass er das Buch nicht in seiner Eigenschaft als Privatperson erwirbt, da er es sofort nach Erhalt in sein Schaufenster stellt. Damit findet § 241a BGB keine Anwendung, weshalb auch unerheblich ist, ob § 241a BGB ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 Abs. 1 BGB gibt. Ein Recht zum Besitz ist daher nicht ersichtlich.

Anmerkung: Bearbeiter\_innen, die zuvor einen gutgläubigen Erwerb durch E bejaht haben, müssen diese Punkte nicht prüfen. Erfolgt eine hilfsgutachterliche Prüfung, ist dies aber zu honorieren.

H kann somit Herausgabe des Bildbandes gem. § 985 BGB von E verlangen.

## **II. § 861 BGB**

Ein Anspruch gem. § 861 BGB scheidet aus, da hier offensichtlich keine verbotene Eigenmacht von E gegenüber H verübt wurde.

## **III. § 1007 Abs. 1 BGB**

Dieser Anspruch scheitert daran, dass E gutgläubig davon ausging, Eigentum von D erworben zu haben. E war mithin gutgläubig hinsichtlich seines Besitzrechts.

## **IV. § 1007 Abs. 2 BGB**

Dieser Anspruch scheitert daran, dass H die Sache nicht abhandengekommen ist.

Anmerkung: Wurde oben argumentiert damit argumentiert, dass der Bildband nicht gutgläubig erworben werden konnte, weil der Eigentümer keinen zurechenbaren Rechtsschein gesetzt hat (also

<sup>9</sup> Vgl. zum Streitstand *Spohnheimer* in: BeckOGKBGB, § 986 Rn. 51 mwN.



mit dem Rechtsgedanken des § 935 BGB), scheint es durchaus konsequent, auch § 1007 Abs. 2 BGB bejahen.

## **Gesamtergebnis Frage 1:**

H kann von E Herausgabe des Bildbandes gem. § 985 verlangen.

## **Frage 2**

Fraglich ist, welche Rechtsschutzmöglichkeiten E gegen die Pfändung des Bildbandes zur Verfügung stehen. In Betracht kommen zwei prozessuale Rechtsbehelfe: die Vollstreckungserinnerung (§ 766 ZPO) sowie die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO).

Anmerkung: Die Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO kann lediglich vom Vollstreckungsschuldner, das wäre aber hier H, erhoben werden und scheidet daher offensichtlich aus.

### **A. Vollstreckungserinnerung**

Eine Vollstreckungserinnerung des E gem. § 766 ZPO hat Aussicht auf Erfolg, soweit diese zulässig und begründet ist.

#### **I. Zulässigkeit**

Die Vollstreckungserinnerung ist zulässig, wenn sie statthaft, das zuständige Gericht angerufen, Form und Frist eingehalten sowie der Erinnerungsführer erinnerungsbefugt ist.

##### **1. Statthaftigkeit**

Die Erinnerung ist statthaft, wenn E sich gegen ein vollstreckungsrelevantes Verhalten eines Vollstreckungsorgans, insbesondere des Gerichtsvollziehers, wendet. Zweck des § 766 ZPO ist es, den einwandfreien Verfahrensablauf der Zwangsvollstreckung zu garantieren. Zunächst ist eine erinnerungsfähige Vollstreckungsmaßnahme (Abs. 1) oder deren Unterlassung (Abs. 2) erforderlich. Eine solche Maßnahme nahm die Gerichtsvollzieherin vor, indem sie den Bildband pfändete. Der Erinnerungsführer muss – als ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung – eine Rüge formeller Mängel des Vollstreckungsverfahrens vortragen.

##### **a) § 809 ZPO**

In Betracht kommt, dass die Pfändung des Bildbandes formell fehlerhaft sei, da sie zu diesem Zeitpunkt im Gewahrsam des E stand. Gerügt wird also die Verletzung von § 809 ZPO, wonach die Pfändung einer im Gewahrsam eines Dritten (Dritter meint in diesem Fall eine vom Vollstreckungsschuldner verschiedene Person) befindlichen Sache nur im Falle von dessen Herausgabebereitschaft zulässig ist. Bezüglich dieser Rüge des E findet die Vollstreckungserinnerung statt.

##### **b) Materiell-rechtliche Einwendung**

Schließlich rügt E, dass der Bildband in seinem Eigentum stünde und deshalb nicht bei der Zwangsvollstreckung gegen H berücksichtigt werden dürfe. Der Gerichtsvollzieher ist nicht verpflichtet (oder auch nur berufen), die wahre Eigentumslage der gepfändeten Sachen zu erforschen. Die Pfändung einer schuldnerfremden Sache begründet daher keinen Verfahrensverstoß. Bei dem Vorbringen, das gepfändete Buch stehe im Alleineigentum des E handelt es sich vielmehr



um eine materiell-rechtliche Einwendung, die nicht mit der Erinnerung geltend gemacht werden kann.

Da E vorliegend zumindest mit der Verletzung von § 809 ZPO die formelle Fehlerhaftigkeit der Zwangsvollstreckung rügt, ist eine Erinnerung diesbezüglich statthaft.

Anmerkung: Werden, wie hier, gleichzeitig materiell-rechtliche Mängel gerügt, ist die Erinnerung nicht teilweise unzulässig, sondern insoweit lediglich unbegründet.

## 2. **Zuständigkeit**

Ausschließlich (sachlich und örtlich) zuständig ist gemäß §§ 766 Abs. 1, 764 Abs. 2, 802 ZPO das Vollstreckungsgericht, mithin das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattgefunden hat.

## 3. **Form und Frist**

Die Erinnerung ist schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen, § 569 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 Nr. 1 ZPO analog. Eine besondere Frist ist grundsätzlich nicht zu beachten.

## 4. **Erinnerungsbefugnis**

E muss erinnerungsbefugt sein. Erinnerungsbefugt ist, wer beschwert ist. Als Adressat der Zwangsvollstreckung ist bei einer Vollstreckungsmaßnahme (§ 766 Abs. 1 ZPO) grundsätzlich der Schuldner beschwert. E rügt jedoch als Dritter formelle Verfahrensfehler. Ein Dritter ist nur erinnerungsbefugt, soweit er von der Zwangsvollstreckung betroffen und die Vorschrift, die der Gerichtsvollzieher verletzt haben soll, drittschützend ist.

§ 809 ZPO gewährt diesen Drittschutz eindeutig. § 809 ZPO *e contrario* darf eine sich im Gewahrsam eines Dritten befindliche Sache nicht gepfändet werden, wenn dieser zur Herausgabe nicht bereit ist. Einziger Zweck des § 809 ZPO ist der Schutz eines vom Vollstreckungsschuldner verschiedenen Dritten. E ist insoweit erinnerungsbefugt.

## 5. **Rechtsschutzbedürfnis**

E muss rechtsschutzbedürftig sein. Ein Rechtsschutzinteresse besteht grundsätzlich, wenn die Vollstreckung begonnen hat und noch nicht beendet ist. Die Zwangsvollstreckung gegen H in den Bildband hat mit ihrer Pfändung begonnen. Die Vollstreckung endet mit vollständiger Befriedigung des Gläubigers oder mit der endgültigen Aufhebung der jeweiligen Vollstreckungsmaßnahme. Dies ist noch nicht geschehen, daher ist die Vollstreckungsmaßnahme noch nicht beendet. Für die Erinnerung des E besteht ein Rechtsschutzbedürfnis.

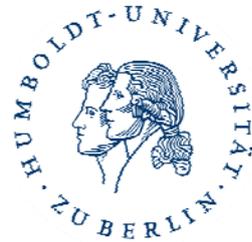
## 6. **Zwischenergebnis:**

Die Vollstreckungserinnerung des D ist daher bezüglich der gerügten Verletzung von § 809 ZPO zulässig.

## II. **Begründetheit**

Die Vollstreckungserinnerung des E ist insoweit begründet, als die von der Gerichtsvollzieherin durchgeführte Pfändung des Bildbandes fehlerhaft war, weil durch sie drittschützende Verfahrensbestimmungen verletzt wurden.

Für die Frage der Rechtswidrigkeit der beanstandeten Vollstreckungshandlung ist nicht der Zeitpunkt der Pfändung, sondern der Erinnerungsentscheidung des Gerichts maßgeblich, da



Verfahrensfehler, die keine Nichtigkeit sondern nur die Anfechtbarkeit der Maßnahme zur Folge haben, geheilt werden können. Seit der Pfändung des Bildbandes hat sich jedoch keine Heilung eingestellt.

Die Pfändung kann gegen § 809 Var. 2 ZPO verstoßen haben. Die gepfändete Sache muss sich zunächst im Gewahrsam eines Dritten befunden haben. Unter Gewahrsam versteht man den äußerlich erkennbaren Zustand tatsächlicher Sachherrschaft. Zum Zeitpunkt der Pfändung war der Bildband in den Geschäftsräumen des E. E übte nach außen erkennbar die Sachherrschaft über den Bildband und somit den Alleingewahrsam über diese aus.

Anmerkung: Zwar ist nicht ganz sicher, ob der Gewahrsamsbegriff mit dem des Besitzes identisch ist. Der Überschneidungsbereich ist groß, weshalb es durchaus richtig ist auf die Sachherrschaft abzustellen. Falsch wäre es aber zu schreiben, dass Gewahrsam besteht, weil Besitz besteht. Besitz hat auch der mittelbare Besitzer, der aber keinen Gewahrsam hat.

Folglich wäre eine Pfändung gemäß § 809 Var. 2 ZPO verfahrensrechtlich nur zulässig gewesen, wenn E zur Herausgabe bereit gewesen wäre. Herausgabebereitschaft im Sinne des § 809 ZPO setzt voraus, dass der Dritte mit dem Pfändungsakt und der Wegnahme der Sache zum Zwecke der Verwertung vorbehaltlos einverstanden ist. Dies hat der Gerichtsvollzieher im Einzelfall festzustellen.

E machte jedoch deutlich, den Bildband auch künftig behalten zu wollen und war somit nicht einverstanden. Da sich die Gerichtsvollzieherin darüber hinwegsetzte, verstieß ihre Vollstreckungsmaßnahme gegen § 809 ZPO. Die Vollstreckungserinnerung des E ist mithin begründet.

### **III. Ergebnis**

D kann erfolgreich im Wege der Vollstreckungserinnerung gegen die Pfändung des Bildbandes vorgehen.

### **B. Drittwiderspruchsklage**

E könnte sich auch im Wege der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO gegen die Pfändung des Bildbandes wenden. Diese müsste zulässig und begründet sein.

#### **I. Zulässigkeit**

Die Drittwiderspruchsklage des E müsste zulässig sein.

##### **1. Statthaftigkeit**

Eine Drittwiderspruchsklage des E ist statthaft, wenn er ein „die Veräußerung hinderndes Recht“ (sog. Interventionsrecht) geltend macht. E trägt vor, dass er das Eigentum am Bildband erlangt habe. Das Eigentum an einer Sache stellt ein Interventionsrecht im Sinne des § 771 ZPO dar.

Anmerkung: Im Rahmen der Statthaftigkeit kommt es zunächst darauf an, was der Kläger vorträgt. Irrelevant wäre es hier also darauf einzugehen, ob E wirklich Eigentümer geworden ist. Dies ist erst im Rahmen der Begründetheit zu prüfen. Möglich ist es noch darauf einzugehen, dass eine Drittwiderspruchsklage bezüglich des Begehrens des E, der Gerichtsvollzieher habe formelles Vollstreckungsrecht verletzt nicht statthaft wäre. Das ist aber dann nicht notwendig, wenn ein sauberer Obersatz gebildet wird: Dann ist nämlich evident, dass das Verhalten des Gerichtsvollziehers kein Interventionsrecht sein kann.



## 2. Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich gemäß §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG nach dem Streitwert. Zur Bestimmung des Streitwertes ist gemäß § 6 S. 1 Fall 2 ZPO grundsätzlich der Wert der Vollstreckungsforderung des Beklagten maßgeblich (ohne Zinsen und Kosten). Ist der Wert der gepfändeten Sache aber geringer, so wird dieser Wert zugrunde gelegt, § 6 S. 2 ZPO. Die Forderung, wegen welcher der Beklagte X vollstreckt, beläuft sich auf 2.000€, während der Wert des gepfändeten Bildbandes 500€ beträgt. Der Streitwert beträgt somit 500€. Gemäß § 23 Nr. 1 GVG ist das Amtsgericht sachlich zuständig.

Örtlich ist ausschließlich das Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung betrieben wird, zuständig, §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO.

## 3. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis besteht für die Klage nach § 771 ZPO grundsätzlich, sobald die Vollstreckung begonnen hat und solange sie noch nicht beendet ist. D ist rechtsschutzbedürftig, da der gepfändete Bildband noch nicht verwertet wurde, das Verfahren mithin andauert.

## 4. Zwischenergebnis

Somit ist die Klage des E zulässig.

## II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn der Vollstreckungsgläubiger X in ein die Veräußerung hinderndes Recht des Dritten E eingegriffen hat und dieses Recht nicht durch Einwendungen des X ausgeschlossen ist.

Das setzt voraus, dass E ein Interventionsrecht zusteht. Ein solches Interventionsrecht kann hier aus dem Eigentum des E folgen. E erklärte, das Eigentum am Bildband von D erworben zu haben. Wie in Frage 1 gesehen, hat E kein Eigentum am Bild erworben; ihm steht daher kein Interventionsrecht zu.

Die Klage ist somit unbegründet.

## III. Ergebnis

Die zulässige Klage wird als unbegründet abgewiesen und hat daher keinen Erfolg.

## C. Gesamtergebnis Frage 2

Die Erinnerung des E hat Erfolg, wohingegen die Drittwiderspruchsklage keinen Erfolg hat.

**Anmerkung:** Bei der Begründetheit der Drittwiderspruchsklage ist nun entscheidend, wie die Eigentumsprüfung bei Frage 1 entschieden wurde:

Hat die Bearbeiter\_in den Erwerb von der Scheingeheißperson genügen zu lassen und somit einen gutgläubigen Erwerb des Bildbandes durch E angenommen, steht dem E hier mit dem Eigentum ein Interventionsrecht zu. Wurde wie hier vertreten der Eigentumserwerb des E abgelehnt, steht dem E kein Interventionsrecht zu. Die Drittwiderspruchsklage wäre dann unbegründet. In diesem Fall könnte die Prüfung hier beendet werden, mit dem **Ergebnis**, dass die zulässige Drittwiderspruchsklage des E unbegründet wäre. Folglich könnte E nur das Vorgehen des Gerichtsvollziehers mittels der Erinnerung rügen, nicht aber Drittwiderspruchsklage erheben.



Kommt hingegen zum Ergebnis, dass dem E ein Interventionsrecht zusteht, muss weiter geprüft werden:

### *Keine Einwendungen des X*

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal dürfen keine Einwendungen gegen die Geltendmachung des Interventionsrechts bestehen (z.B. §§ 138, 117, 242 BGB). Solche sind nicht ersichtlich. Es bestehen keine Einwendungen des G gegen die Geltendmachung des Interventionsrechts. Die Drittwiderspruchsklage des E ist begründet.

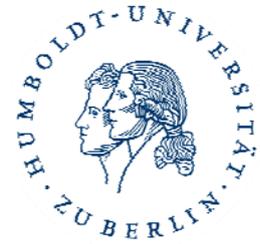
### **III. Ergebnis**

Die Drittwiderspruchsklage hat Erfolg E kann die Pfändung des Bildbandes gem. § 771 ZPO für unzulässig erklären lassen.

### **C. Konkurrenz / Gesamtergebnis zu Frage 2**

Fraglich ist, in welchem Verhältnis Vollstreckungserinnerung und Drittwiderspruchsklage stehen. Die Rechtsbehelfe schließen einander nicht aus. Die Vollstreckungserinnerung kann nur auf die Verletzung vollstreckungsrechtlicher Verfahrensvorschriften gestützt werden, während die Drittwiderspruchsklage mit dem materiellen Recht begründet wird. Hier ergibt sich eine Überschneidung im Rahmen von § 809 ZPO. In diesem Fall stehen dem Dritten beide Rechtsbehelfe zu. Die Rechtsbehelfe können auch nebeneinander oder nacheinander in Anspruch genommen werden. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Drittwiderspruchsklage fehlt bei der Möglichkeit einer Erinnerung nur dann, wenn ausnahmsweise die Erinnerung erkennbar ohne Risiko zum Ziel führt.

Anmerkung: Wer den Eigentumserwerb des E ablehnt und damit auch die Begründetheit der Drittwiderspruchsklage verneint, hat dieses Problem nicht mehr zu prüfen. Dieser geringere Prüfungsaufwand ist aber insofern gerechtfertigt, als die Ablehnung des gutgläubigen Erwerbs unter Frage 1 erheblichen Argumentationsaufwand erfordert. Wer demgegenüber schematisch den gutgläubigen Erwerb ablehnt (was bei der überwiegenden Zahl der Bearbeiter zu erwarten ist), kann an dieser Stelle vertiefte Kenntnis des Zivilprozessrechts beweisen.



**Hinweise für Korrektor innen**

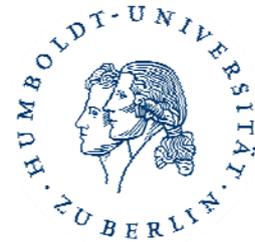
Die *Schwerpunkte* der Klausur liegen beim Scheingeheißerwerb sowie der Abgrenzung von Erinnerung & Drittwiderspruchsklage und deren Konkurrenzverhältnis

Die *Schwierigkeit* ist als durchschnittlich einzuschätzen. Sie liegt insbesondere im guten Aufbau und einer ordentlichen Darstellung des Scheingeheißerwerbs. Da es sich um ein „Standardproblem“ handelt, kann eine Auseinandersetzung in gebührender Tiefe erwartet werden. Seltener besprochen sind dagegen die Grenzen des Scheingeheißerwerbs, wie sie im vorliegenden Sachverhalt deutlich werden. Nur gute Bearbeiter\_innen sehen und problematisieren diese. Dabei ist es unerheblich, ob dies im Rahmen der Frage, was ist eigentlich Besitzverschaffungsmacht oder der Veranlassung des Rechtsscheins (entsprechend § 935 BGB) geschieht.

Ein weiterer Schwerpunkt liegt im zivilprozessualen Teil, in dessen Rahmen zwei Rechtsbehelfe zu prüfen sind. Aufgrund des dadurch anfallenden Schreibaufwandes kommt es für eine gute Bearbeitung auf die richtige Schwerpunktsetzung an. Insgesamt besehen wurden die meisten Probleme in AG-Fällen behandelt, weshalb die Bearbeitung nicht zu schwerfallen sollte und eher streng zu bewerten ist.

Zusammenfassend sollte auf folgende Punkte bei der Korrektur geachtet werden. Die Sternchen (\*) verweisen auf die Gewichtung. Frage 1 sollte mit einem Gewicht von 2/3 in Bewertung im Verhältnis zu Frage 2 eingehen. Die hier vorgeschlagene Gewichtung stellt nur einen Richtwert dar, weitere Punkte sind für den Gesamteindruck und einen systematischen Prüfungsaufbau, Gutachtenstil und die problemorientierte Herangehensweise zu vergeben. Zu möglichen alternativen Lösungswegen und einzelne Schwerpunkte sei zudem auf die Anmerkungen in der Musterlösung verwiesen.

<b>Frage 1: Herausgabe des Bildbandes</b>	
<b>I) § 985 BGB</b>	
1) Anspruchsgegner E ist Besitzer (+)	
2) Anspruchsteller H ist Eigentümer	
a) Ursprünglich war H Eigentümer (§ 1006 Abs. 2 BGB)	
b) Übereignung des H gem. § 929 S. 1 BGB an E	
<i>Problem:</i> Worin könnte ein Übereignungsangebot des H liegen? I.E. Einigung (-)	**
c) Übereignung des D an E gem. § 929 S. 1 (-)	
d) Übereignung des D an E gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB	
aa) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäftes	
bb) <i>Problem:</i> Gutgläubiger Erwerb von einer scheinbaren Geheißperson?	***
cc) Gutgläubigkeit des E (§ 932 Abs. 2 BGB)	
dd) Kein Abhandenkommen (§ 935 BGB)	
<i>Problem:</i> Eigenmächtige Umdeutung der Auslieferung durch D, ohne auf H Einfluss zu nehmen (vertretbar ist auch die als Problem der Besitzverschaffungsmacht unter bb. zu diskutieren)	**
ee) Ergebnis: H ist noch immer Eigentümer	
3) Kein Recht zum Besitz (+)	
<i>Problem:</i> § 241a als Recht zum Besitz?	*



<b>II. § 861 BGB (evident (-))</b>	
<b>III. § 1007 I BGB (evident (-))</b>	
Dieser Anspruch scheidet evident an der Gläubigkeit des E.	
<b>IV. § 1007 II BGB</b>	
<b>Gesamtergebnis Frage 1: § 985 (+) (a.A. gut vertretbar)</b>	
<b>Frage 2</b>	
<b>A. Vollstreckungserinnerung</b>	
<b>I. Zulässigkeit</b>	
1. <i>Statthaftigkeit</i> : Rüge vollstreckungsrelevanten Verhaltens eines Vollstreckungsorgans	*
a) § 809 ZPO (+)	
b) Materiell-rechtliche Einwendung der Eigentümerstellung (-)	
2. <i>Zuständigkeit</i> : Gem. §§ 766 Abs. 1, 764 Abs. 2, 802 ZPO das Vollstreckungsgericht	
3. <i>Form und Frist</i> : § 569 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 Nr. 1 ZPO analog	
4. <i>Erinnerungsbefugnis</i>	
Problem: Beschwerd § 809 einen Dritten?	
5. <i>Rechtsschutzbedürfnis</i>	
<b>II. Begründetheit</b>	
Verstoß gegen § 809 II (+)	
<b>III. Ergebnis: Vollstreckungserinnerung (+)</b>	
<b>B. Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO</b>	
<b>I. Zulässigkeit</b>	
1. <i>Statthaftigkeit</i> : Geltendmachung eines Interventionsrechts	*
2. <i>Zuständigkeit</i>	*
a) Sachliche Zuständigkeit: §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG i.V.m. § 6 S. 2 ZPO beträgt dieser 500€. Somit ist das Amtsgericht sachlich zuständig	
b) Örtliche Zuständigkeit, §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO: Ausschließlich das Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung betrieben wird	
3. <i>Rechtsschutzbedürfnis</i>	
<b>II. Begründetheit</b>	
Mangels Interventionsrecht ist die Klage nicht begründet.	
<b>III. Ergebnis: Drittwiderspruchsklage hat keinen Erfolg</b>	
<b>C. Gesamtergebnis Frage 2</b>	
<b>Falls sich bei Frage 1 anders entschieden wurde, steht ihm ein Interventionsrecht zu.</b>	
<i>Keine Einwendungen des H (+)</i>	
<b>III. Ergebnis: die zulässige Klage ist begründet</b>	
<b>C. Konkurrenz</b>	



## Klausurteil Familien-/Erbrecht (Gewichtung 33,33 %)

### Frage 1: Auskunftsanspruch gegen Mutter über Person des Erzeugers?

#### a) BGH NJW 2012, 450 bejahte Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen Mutter

aa) Allerdings **keine Auskunftspflicht gem. § 1605 oder § 1615 I III 1 BGB**. Diese ausdrücklich geregelten materiell-rechtlichen Auskunftspflichten erstrecken sich lediglich auf Auskünfte über die Grundlagen der Einkommensermittlung, nämlich die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Beteiligten, soweit dies zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung erforderlich ist. Eine Auskunft zur Person des mutmaßlich leiblichen Elternteils nach erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung ist danach nicht geschuldet.

bb) Jedoch bestehe **Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB)**, weil es die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich brächten, dass der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen sei, und der Verpflichtete in der Lage sei, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen (std. Rspr.).

Grundlage für die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten: **Eheliche Fürsorge- und Unterstützungspflicht (§ 1353)**.

Im BGH-Fall waren es Nichtverheiratete; bei diesen bestehe familiäre Verbundenheit zwischen Scheinvater und Mutter durch das Vaterschaftsanerkennnis.

#### cc) **Gegenläufige Interessen der Betroffenen:**

**Persönlichkeitsrecht der Mutter** (§ 823 I BGB) müsse zurückstehen, da sonst Scheinvater schutzlos; dies gelte jedenfalls dann, wenn M den Scheinvater zum Vaterschaftsanerkennnis veranlasst hat.

Hier ist Lage nicht ganz so eindeutig, weil Scheinvaterstellung **nicht auf der Veranlassung durch F** beruht, sondern auf einer gesetzlichen Wertung.

Aber auch hier gilt, dass F jedenfalls Treubruch begangen hat und Scheinvater sonst schutzlos wäre.

b) **Im Ergebnis kann die Vergleichbarkeit offenbleiben, da das BVerfG NJW 2015, 1506 den BGH aufgehoben hat:** BGH überschreite Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung; Interessenabwägung obliege Gesetzgeber



Außerdem werde nach Ansicht des BVerfG das Persönlichkeitsrecht der F nicht ausreichend gewichtet, wenn man sie verpflichte, die Person ihres Sexualpartners zu offenbaren. Die Offenbarung und Nennung von Partnern sexueller Kontakte sei ein schwerwiegender Eingriff in die Privatsphäre, der oftmals sogar noch von größerer Brisanz sei als der durch die Abstammungsuntersuchung zwangsläufig offenbar gewordene Umstand, dass es überhaupt zur außerehelichen Zeugung eines Kindes gekommen sei.

- c) **Bundesregierung** plante zwar eine **gesetzliche Regelung des Scheinvaterregresses** (Gesetzentwurf vom 16.11.2016, BT-Drs. 18/10343), aber der Entwurf hat sich durch das Ende der Legislaturperiode erledigt (Grundsatz der Diskontinuität).

Gegenwärtig gibt es daher **keinen Auskunftsanspruch** gegen die Mutter auf Information über die Person des potentiellen biologischen Vaters ihres Kindes.

## Frage 2: Anspruch auf Ersatz der Kosten des Scheidungsprozesses

- a) **Anspruchsgrundlagen: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung gem. §§ 1353 I 2, 280 I** (Verletzung der ehelichen Treuepflicht) und **Anspruch wegen Verletzung eines sonstigen Rechts gem. § 823 I BGB** (eheliche Lebensgemeinschaft als sonstiges Recht)
- b) Tatbestandliche Voraussetzungen der Ansprüche an sich erfüllt, aber **BGHZ 23, 215; 23, 279; 57, 229; 80, 235; BGH FamRZ 1990, 367; 2013, 939 (std. Rspr.) lehnt grundsätzlich Schadensersatz wegen Verletzung ehelicher Pflichten ab.**

**arg.:**

Verletzung der ehelichen Pflichten habe nach dem System der §§ 1353 ff nur **innereheliche Konsequenzen.**

Die Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen (§§ 1381 II, 1565 II, 1579) seien **abschließend** geregelt.

### c) **Kritik von Teilen des Schrifttums**

- aa) *Gernhuber/Coester-Waltjen* § 17 III: Argumentation des BGH sei reine Scheinbegründung; warum Pflichten nicht sanktioniert werden sollen, bleibe unklar.

**Abschließend** seien die **familienrechtlichen Regelungen** nur in Bezug auf das *Bestandsinteresse* der Ehegatten (vgl. § 1564 BGB), wohingegen das *Abwicklungsinteresse* (Integritätsinteresse) Schutz verdiene.



Kosten des Scheidungsverfahrens betreffen Abwicklungsinteresse, wären also nach dieser Auffassung ersatzfähig.

- bb) Strenger zB *Dethloff* § 4 Rn. 16 u. 18): Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung ehelicher Pflichten nur dann, wenn ehewidriges Verhalten „**echte**“ **Körper- und Gesundheitsschäden** zur Folge habe.

Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor.

#### d) **Stellungnahme:**

Schadensersatz für Untreue liefe auf eine Bewahrung des 1976 abgeschafften Schuldprinzips hinaus; vorzugswürdig ist daher die von der Rspr. und h.M vertretene Ansicht (vgl. auch *Palandt/Brudermüller*, § 1353 Rn. 15; aA mit entsprechender Begründung vertretbar).

**Ergebnis:** M hat keinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für das Scheidungsverfahren gegen F.

#### **Frage 3: Regressanspruch gegen F wegen Unterhaltsleistungen an K**

- a) Anspruch auf Schadensersatz besteht auch nach der Rspr. des BGH dann, wenn dem Ehepartner ein **über die Verletzung ehelicher Pflichten hinausgehender Pflichtverstoß** vorgeworfen werden kann

Grund: auch Ehepartner müssen die **für alle geltenden Grenzen der Handlungsfreiheit** einhalten

**Bsp.:** Haftung für fahrlässig verschuldeten Verkehrsunfall (§§ 823 I; 7 StVG); arglistige Täuschung über Unterhaltspflicht (§§ 823 II, 263 StGB; § 826 BGB)

- b) **Neuere BGH-Rspr. (FamRZ 2013, 939, 940 f. m. zust. Anm. Helms) unterscheidet dabei zwischen**

- **arglistiger Täuschung durch unzutreffende Angaben oder ausdrückliches Leugnen des Ehebruchs** (= Haftung gem. §§ 823 II, 263 StGB; § 826 BGB) **und**



- **bloßem Nichtoffenbaren von Abstammungszweifeln** (Ehebruch nur innerehelicher Vorgang; bloßes Verschweigen ist keine Täuschung wegen fehlender Offenbarungspflicht; vgl. schon BGH FamRZ 1990, 367).

Im konkreten Fall besteht kein Anhaltspunkt für Leugnen des Ehebruchs oder unzutreffende Angaben der F; daher **keine Grundlage für einen Regressanspruch M – F**.

#### Frage 4: Teilhabe am Erbe des B?

- a) **Abkömmlinge** sind – wenn B kein Testament errichtet hat – **Erben erster Ordnung (§ 1924 BGB) und neben dem Ehegatten** gem. §§ 1931 I, III iVm 1371 BGB **zur Hälfte des Nachlasses berufen**.

K würde ein Viertel erben, wenn seine **Stellung als Abkömmling** geklärt wäre.

- b) **Von Rechts wegen** ist K jedoch als eheliches Kind solange Abkömmling von M und F, solange die rechtliche Vaterschaft von K gem. § 1592 Nr. 1 BGB nicht angefochten wurde.

**Anfechtungsberechtigt** sind rechtlicher Vater, Mutter, Kind (vor Vollendung der Volljährigkeit nur bei Vertretung durch die Inhaber der elterlichen Sorge, idR also beider Eltern, vgl. § 1671), aber auch der biologische Vater gem. § 1600 I Nr. 2 BGB mit der Einschränkung, dass zwischen dem Kind und seinem Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht (§ 1600 II BGB).

Solange die Vaterschaft von B **nicht gerichtlich festgestellt** ist, was wiederum die vorgängige Anfechtung der Vaterschaft voraussetzt (§ 1600d I BGB), kann K sein Erbe nicht geltend machen (§ 1600d IV).

- c) Falls B seine Ehefrau und das eheliche Kind **per letztwilliger Verfügung** als Erben einsetzt (und damit K konkludent ausgeschlossen), hat K unter den Voraussetzungen gem. b) einen **Pflichtteilsanspruch** in Höhe von 1/8 (§ 2303 I 2 BGB).