

Übungshausarbeit ZR

Methodik

## Besitzkonstruktion im Finanzierungsdreieck

Von Priv.-Doz. Dr. Christine Godt, Bremen unter Mitwirkung von Ass. iur. Davor Susnjar, Bremen

Die nachfolgend abgedruckte Fallbearbeitung wurde als Fortgeschrittenenhausarbeit im Sommersemester 2006 an der Universität Bremen ausgegeben. Der Sachverhalt ist dem berühmten *FlowTex-Urteil* des BGH vom 10. November 2004<sup>1</sup> entlehnt, wurde aber auf die sachenrechtliche Fallbearbeitung zugeschnitten. Die Aufgabenstellung zielt auf die gutachterliche Bearbeitung der Besitzverhältnisse in Finanzierungsdreiecken. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt auf der Erfassung der vielfältigen besitzrechtlichen Konstruktionsmöglichkeiten als Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs. Zur Abrundung wurden zwei weitere sachenrechtliche Standardprobleme aus der privatautonomen Vertragsgestaltung (Vorweggestattung der Wegnahme und Rückfallklausel) ergänzt. Die Arbeit liegt auf mittlerem Schwierigkeitsniveau und ist durchschnittlich ausgefallen.

### SACHVERHALT

Die Bau-GmbH (B) ist auf die Vermietung von Spezialmaschinen an Tiefbauunternehmen spezialisiert. Im normalen Geschäftsgang leaset oder kauft sie die Maschinen von entsprechenden Anbietern. Die Finanzierung der laufenden Zahlungen übernimmt die Leasinggesellschaft (L). Dafür lässt sich die L im Rahmen eines Rahmendarlehens Sicherheiten übertragen, im Zweifel auch von den jeweiligen Geschäftspartnern der B. Zum Zwecke der Rückfinanzierung leitet die L ihre daraus erwachsenden Rechtspositionen an die Sparkasse S weiter.

Einer der Anbieter solcher Spezialmaschinen ist die Tunnel High Tech GmbH (THT), die sich als Vermittlerin zwischen Produzenten und Baugewerbe betätigt. Nach einigen Jahren erfolgreicher Zusammenarbeit optimieren die Geschäftsführer der B und der THT ihre Geschäftsstrategie wie folgt: Die THT übersendet der L regelmäßig Rechnungen über angeblich an die B verleaste Spezialbohrer. Diese Rechnungen werden von der B bestätigt. In Wirklichkeit existieren nur für 10% der Verträge tatsächlich Geräte.

So übersendet die THT am 27. November 2005 der L Rechnungen über 27 an die B verleaste und bereits an B gelieferte Spezialbohrer im Wert von 15 Mio. €. Am 3. Dezember 2005 zeichnet die B diese Rechnungen als richtig gegen. Die Maschinen hatte die THT selbst unter Eigentumsvorbehalt und unter Gestattung der Weitervermarktung von Produzenten bezogen. Am nächsten Tag besichtigen Mitarbeiter der L die 27 Spezialbohrer, vergleichen die Identitätsnummern auf den Maschinen auf dem Betriebshof der B mit den in den Vertragspapieren genannten Nummern und bemerken nichts Auffälliges. Am 5. Dezember werden die Nummernschilder (wieder) abgeschraubt. Am 7. Dezember sendet die L ein von der S vorbereitetes Antragsformular an die S. Diese sendet es unterschrieben an die L zurück, die es ihrerseits unter dem 15. Dez. unterschrieben wieder an die S mit dem Begleitschreiben zurücksendet: »Wir (L) übertragen Ihrem Haus (S) das Sicherungseigentum an den genannten Leasinggegenständen. Die Übereignung wird automatisch hinfällig, wenn Ihr Haus unbefugt über die Gegenstände verfügt oder ohne Zustimmung der L die Forderung an Dritte abtritt.«

Am gleichen Tag (15. 12.) unterzeichnet die L eine Vereinbarung mit B und THT. In den rückseitig abgedruckten »Eintrittsbedingungen« steht: »1. Der Gegenstand ist in den kommenden zwei Wochen an den Leasing-Nehmer zu liefern. 2. Mit Zahlungsbeginn geht das Eigentum am Gegenstand uneinge-

schränkt, bis zur Erfüllung des Kreditsicherungszwecks auf uns über. Die Besitzverschaffung richtet sich nach Ziffer 1. dieser Vereinbarung. 3. THT erklärt, dass Rechte Dritter an der Ware nicht bestehen. 4. Die L ist berechtigt, das Leasinggut den jeweiligen Besitzern wegzunehmen, sofern die B ihren Vertragspflichten nicht nachkommt.«

Anfang Februar 2006 nimmt die Staatsanwaltschaft Ermittlungen wegen Betrugs und Urkundenfälschung gegen die Geschäftsführer der B und der THT auf. B stellt die bis dahin getätigten Zahlungen an die L ein. Diese Nachrichten verbreiten sich im Geschäftsumfeld wie ein Lauffeuer:

Die S reagiert auf die Gerüchte mit Abtretung der Forderung gegen L an das Inkassounternehmen (I), ohne mit L Rücksprache zu nehmen, und überträgt ihr das Sicherungseigentum.

Auf Grund der ausbleibenden Zahlungen der B lässt L Anfang März sieben Maschinen, die noch auf dem Betriebshof der B stehen, auf ein eigenes Gelände verbringen. Die B informiert er davon nicht vorab; diese erfährt aufgrund der Abwesenheit des Geschäftsführers auch erst nach zwei Wochen davon. Zehn weitere befinden sich auf der Großbaustelle des Y, der diese von der B von Januar bis September 2006 gemietet hatte. Auch diese lässt die L – gegen den Protest des Y – abtransportieren.

Hat die I gegenüber der L einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe von 27 Bohrern?

*Bearbeitungshinweis:* Falls Sie zu dem Ergebnis kommen, dass die L nicht Eigentümerin wird, prüfen Sie im Hilfsgutachten unter den Annahme weiter, dass L Eigentümerin geworden ist.

### A. Vorüberlegungen

#### I. Abgrenzung zum *FlowTex-Urteil*

Der Aufgabentext erinnert an den berühmten *FlowTex-Fall*<sup>2</sup>, weicht aber in zwei zentralen Punkten von dem Vorbild ab: Zum einen zielen Fallfrage und Sachverhalt auf die sachenrechtlichen Fragen. Damit ist der Themenkomplex »Mängelgewährleistung beim Forderungskauf« abgeschnitten<sup>3</sup>. Zum zweiten will die Leasinggesellschaft (L) gemäß Aufgabentext die Maschinen von THT nicht kaufen, sondern das Geschäft zwischen B und THT nur finanzieren. Dazu verlangt die L Sicherheit, die ihr in Form der Sicherungsübereignung der Maschinen gewährt werden soll. L geht nicht wie im »Original« isolierte Verträge mit den betrügerisch zusammenarbeitenden Geschäftspartnern ein (Kauf mit dem einen und Leasing mit dem anderen), sondern schließt einen Vertrag mit B und THT, der auf Grundlage eines Rahmendarlehens zwischen L und B steht und die Sicherungsabrede zwischen L und THT enthält. Durch diese Dreiecksstruktur tritt die besitzrechtliche Problematik deutlich hervor, die allerdings nur von den »besseren« Arbeiten bewältigt wurde. Jenseits dieser Unterschiede sollten den Bearbeitern zwei sachenrechtlich relevante Vertragsklauseln ins Auge fallen: die Voraussetzungen im Vertrag zwischen L, THT und B sowie die Rück-

1 BGHZ 161, 90 = NJW 2005, 359.

2 S. o. Fn. 1.

3 Unter diesem Schwerpunkt wurde der Fall bislang in der Fachöffentlichkeit diskutiert, siehe dazu die gutachterliche Aufbereitung von HEY, JUS 2005, 402; außerdem SCHMIDT, ZGS 2006, 135; BENICKE, LMK 2005, 18. Die zweite öffentliche Diskussion rankt um die Amtshaftung (LG Karlsruhe, Urt. v. 26. 7. 2005, Aktz 2 O 60/03 und 2 O 2/04, SCHINDLER/GÄRTNER, WPG 2004, 1233).

C. Godt / D. Susnjar in: JURA - Juristische Ausbildung / 30. Jahrgang - Heft 7  
de Gruyter / Berlin / 2008 ed: Coester-Waltjen / Ehlers / Geppert / Pekusen / Satzger / Schoch / Schreiber

fallklausel in dem Begleitschreiben zwischen L und S, die sich erst im Verhältnis S-I auswirkt. Im Übrigen stimmt die Besitzlage mit »dem Original« überein: Die B wird vor der Einigung beliefert und gibt spätestens mit Abschrauben der Schilder ihren Besitzmittlungswillen auf. Für die gutachterliche Darstellung dieser Problematik hält das *FlowTex*-Urteil des BGH eine mustergültige Anleitung parat.

## II. Erfahrungen aus der Korrektur

Diese Hausarbeit ist ein Lehrstück für den Nutzen der Gutachten-technik. Durch den historischen Aufbau mit nur einer einzigen Anspruchsgrundlage ist sie ein Beispiel des sachenrechtlichen Aufbaus. Wichtiger aber: Ohne eine klare Prüfungsstruktur der Tatbestände war das Gedankenknäuel im Kopf nicht zu entwirren. Der vorliegende Fall gehört zu dem Hausarbeitstypus »Kopfnuss«, nicht zum Typus »BGH-Leitentscheidung und Literaturkritik«. Wer das Problem der Besitzkonstruktionen erkannt hatte, dem drehte sich bald der Kopf. Ohne Technik gab es kein Entkommen. Die erfolgreiche Fallbearbeitung war aber ohne Kenntnis des *FlowTex*-Urteils möglich. Die Bearbeiter mussten damit umgehen, dass es keine »ganz saubere« Lösung gibt, dafür aber viele Konstruktionsmöglichkeiten mit weitreichenden Konsequenzen im weiteren Verlauf der Prüfung. Es bedurfte eines soliden Wissens über die Eigentumsübertragungswege der §§ 929 ff. BGB. Ein Mehr an Wissen über den Sinn und Zweck der *Traditio* im deutschen Recht half bei der tiefer gehenden Bearbeitung.

## III. Die Lösung

Es gab nicht »die« einzig richtige Lösung. Der Leitfaden an die Korrekturassistenten gliedert einen Entscheidungsbaum. Der hier vorgestellte Lösungsweg ist lediglich der kürzeste, der alle punktebringenden Probleme behandelt. Auch die Verweise auf die Literatur sind im folgenden knapp gehalten.

### B. Lösung

#### Anspruch der I gegen L auf Herausgabe von 27 Bohrern aus § 985 BGB.

I könnte gegen L einen Anspruch auf Herausgabe von 27 Bohrern aus § 985 BGB haben. Dafür müsste I zunächst Eigentümerin sein.

#### I. Ursprünglicher Eigentümer P

Ursprüngliche Eigentümer waren die Hersteller (P) der Bohrer. Im Besitz der L stehen derzeit nur 17 Bohrer, die Identität und der Verbleib von 10 Bohrern ist ungeklärt.

#### II. Eigentumserwerb der THT von 27 Bohrern von P?

##### 1. Einigung

P und THT einigen sich zwar auf die Übertragung des Eigentums. Allerdings ist die Übertragung aufschiebend bedingt durch die vollständige Kaufpreiszahlung (§ 158 I BGB), als Konsequenz des vertraglich vereinbarten Eigentumsvorbehalts (§§ 433, 449 BGB). Für den hier entscheidenden Zeitraum von Dezember 2005 bis März 2006 ist evident der Kaufpreis nicht vollständig beglichen. Ein Eigentumstransfer von P auf THT fand nicht statt<sup>4</sup>.

#### III. Eigentumsverlust an L durch wirksame Sicherungsübereignung?

##### 1. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb der L nach §§ 929 ff. BGB<sup>5</sup>

###### a) Einigung gemäß § 929 S. 1 BGB

THT und L vereinbaren den Übergang des Eigentums mit Zeitpunkt der ersten Zahlung an B<sup>6</sup>. Der Eigentumsübergang ist bedingt durch den Sicherungszweck, nämlich die vollständige Tilgung des Darlehens durch B. Eine explizite, auflösende Bedingung wurde indes nicht festgelegt<sup>7</sup>.

###### aa) Bestimmtheit

Fraglich ist, ob zum maßgebenden Zeitpunkt der Einigung die Maschinen ausreichend bestimmt waren. Daran könnte man zweifeln, da die Maschinen über die Zeit mehrfach gegenüber L in Rechnung gestellt worden waren. Gleichwohl sind die am 4. Dezember erstmals besichtigten Bohrer genau jene, an denen das Eigentum von THT an L laut Vereinbarung übergehen soll. Durch Identifikationsnummern waren die 27 Maschinen im Prinzip präzise bestimmt.

###### bb) Übersicherung gemäß § 138 BGB

Diese Vereinbarung könnte wegen Übersicherung nach gemäß § 138 BGB nichtig sein. Denn L verlangt von THT die Übereignung aller 27 Bohrer, während sie selbst sich lediglich verpflichtet, die Leasingraten der B zu finanzieren. Im Gegensatz zu üblichen Verträgen tritt hier die Bank nicht in Vorleistung mit einem hohen Betrag, der ihr dann in Raten zurückbezahlt wird. Hier sichert sie langfristig ein Geschäftsmodell ab. Dafür verlangt sie eine sehr hohe Sicherung. Während die nachträgliche Übersicherung kreditimmanent ist, hat die Rechtsprechung die Grenzen der anfänglichen Übersicherung 1997 enger gezogen<sup>8</sup>. Danach darf der Wert revolvernder Globalsicherheiten nicht mehr als 110% der zu sichernden Forderungen betragen (§ 138 BGB). In dem BGH-Fall ging es um das Missverhältnis zwischen einer summenmäßig begrenzten Kreditforderung und der unbe-

<sup>4</sup> An dieser Stelle haben viele Bearbeiter die Prüfung mit dem Erwerb eines Anwartschaftsrechts fortgesetzt. Das hat Vor- und Nachteile. Der Vorteil liegt in der Absichtung der Besitzprüfung, da ein Anwartschaftsrecht wirksam nur durch erfolgte Übergabe übertragen wird. Für den hiesigen didaktischen Zweck ist dies zugleich ein Nachteil, da die Lösung nicht spiegelbildlich zu der BGH-Entscheidung aufgebaut werden kann. Denn das *Movens* der BGH-Entscheidung liegt in der Mahnung, dass nicht voreilig ein Besitzmittlungsverhältnis angenommen werden solle. Im Prinzip sind beide Wege gleichermaßen gangbar.

<sup>5</sup> Hier gab es ein Aufbauproblem: Wer die Besitzübertragung verneint, kann auch den Gutglaubensstatbestand nicht mehr prüfen. Elegant war es demnach, bei der Prüfung der rechtsgeschäftlichen Übertragung die Standard-Prüfungsreihenfolge umdrehen und die Berechtigung vorziehen.

<sup>6</sup> An dieser Stelle sind viele Bearbeiter in Schleudern gekommen, da sie die vorliegende Dreieckskonstruktion (Sicherung des Darlehens an B) mit der einfachen *FlowTex*-Sachlage (Sicherungsübereignung L-THT) vermengten. Zur Klarstellung: Das Geschäftsmodell sieht wie folgt aus: B least von THT, der davon die Kaufpreistraten gegenüber P abstottert. Diese Leasingraten bekommt die B von L vorfinanziert (Rahmendarlehen). Den Kredit erwirtschaftet B durch die Leasingverträge, die er mit anderen Kunden abschließt. THT soll der L für B als Dritter Sicherheit geben (Sicherungsabrede und Sicherungsübereignung). Das Eigentum am Sicherungsgut soll mit der ersten (Kredit)-Auszahlung an B auf L übergehen.

<sup>7</sup> In den Bearbeitungen fand sich schematisch die Annahme einer auflösenden Bedingung gemäß § 158 Abs. 2 BGB als Charakteristikum der Sicherungsübereignung. Dabei ist diese Konstellation der vereinbarten (auflösenden) Bedingung in der Praxis eher selten. Üblich war bis in die 80er der Vorbehalt der Rückübertragung nach Gusto des Kreditgebers. Der BGH hat bei revolvernden Globalsicherheiten diese Vertragsgestaltung indes als unzulässig erachtet und gibt dem Kreditnehmer einen Anspruch auf Rückübertragung von Sicherungseigentum bei Wegfall des Sicherungszwecks, BGHZ 137, 212.

<sup>8</sup> BGHZ 137, 212 (Großer Zivilsenat).

stimmten Zession aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen zugunsten der Bank, die ihrerseits über die Freigabe verfügt. Der hier vorliegende Fall ist anders gelagert. Hier verpflichtet sich die Bank zu der Ermöglichung eines (unsicheren) Geschäfts. Im Gegensatz zur normalen Kreditvergabe ist das Bankrisiko hier zu Beginn gering und wächst mit der Zeit. Zu dieser Konstellation einer anfänglichen Übersicherung hat sich der BGH noch nicht geäußert. Die bisher herausgearbeiteten Grundsätze wird man auf die hiesige Fallgestaltung wie folgt übertragen können: Mit Scheitern des Geschäftsmodells von THT und B hat der Gläubiger (hier THT) einen Anspruch auf Freigabe des Sicherungseigentums. Der L steht ein Wertungsrecht nach Kündigung des Sicherungsvertrags in Höhe des ausbezahlt und noch nicht getilgten Darlehens gegenüber B zu. Weiter reicht die Sicherung nicht.

#### b) Berechtigung

THT fehlte mangels Eigentum die Berechtigung. Aus einer etwaig verkehrsblichen Ermächtigung zum Weiterverkauf (verlängerter Eigentumsvorbehalt: § 185 BGB) kann nicht auf eine Erlaubnis zur Sicherungsübereignung geschlossen werden. Man kann auch nicht unterstellen, dass L an dem Minus eines Anwartschaftsrechts Interesse gehabt hätte. Gemäß Klausel Nr. 3 erklärt THT ausdrücklich, dass Rechte Dritter nicht bestehen.

#### c) Zwischenergebnis

L hat rechtsgeschäftlich kein Eigentum erworben.

### 2. Gutgläubiger Erwerb der L von Volleigentum durch die THT zulasten der Hersteller, §§ 929, 932 ff. BGB

#### a) Einigung

L und THT haben sich über den Übergang des Eigentums geeinigt (s. o.).

#### b) Übergabe

##### Vorüberlegung zum Besitzwechsel

In Bezug auf die Übergabe hält der Sachverhalt drei Probleme bereit: (1) Die Parteien vereinbaren etwas anderes als tatsächlich geschah: L, THT und B vereinbaren am 15. 12. 2005, dass B Besitz an den Bohrern erhalten soll (Klausel Nr. 2). Tatsächlich hat B bereits spätestens seit dem 3. 12. 2005 Besitz, was die L aufgrund der Besichtigung auch weiß. (2) Am 4. 12. 2005 schraubt die B die Schilder ab. (3) Der Vertrag enthält eine Vorausgestaltung der Besitznahme (Klausel Nr. 4). Diese Sachverhaltselemente waren in die Prüfung einzufädeln.

#### aa) Übergabe gemäß §§ 929 Satz 1, 932 BGB

Eine tatsächliche Übergabe von THT an L lag weder vor, noch war sie vereinbart. Wenn aber der Besitz »bei« B unmittelbar der THT zurechenbar gewesen wäre, könnte eine Übergabe i. S. v. § 929 Satz 1 BGB darin vorliegen, dass B auf Anweisung der L dann ab dem 15. 12. 2005 »für THT« besitzt. Dazu müsste aber der Besitz der B bis zum 15. 12. 2005 zunächst der THT zurechenbar sein. Eine Zurechnung von Besitz erfolgt entweder über die Institution des Besitzdieners (§ 855 BGB) oder über eine Geheißperson. Ein Besitzdiener i. S. v. § 855 BGB ist B zu THT nicht, da er der THT gegenüber nicht weisungsgebunden ist. Eine Geheißperson von THT wäre B, wenn sie in keiner besitzrechtlichen Beziehung zu THT stünde, aber den Weisungen der B folgen würde<sup>9</sup>. Hier werden die Bohrer zwar auf Weisung der THT an B geliefert. Aber B nimmt die Maschinen nicht »für THT« in Besitz, sondern will aus eigenem Recht aufgrund seines Leasingvertrags mit THT besitzen. Damit ist B nicht Geheißperson der THT<sup>10</sup>. Die Auslieferung an B war mithin keine »auf die Einigung bezogene Übergabe« i. S. v. § 929 S. 1 BGB.

#### bb) §§ 929 Satz 2, 932 BGB

Eine Übergabe von THT an L durch Lieferung an B nach Einigung ist zwar vereinbart, aber laut Sachverhalt besitzt die B bereits vor der Einigung. Für den Besitzwechsel als objektiven Tatbestand kommt es darauf an, was geschah, nicht wie es nach Vertragstext hätte sein sollen<sup>11</sup>. Eine Übergabe vor Einigung ist gemäß § 929 Satz 2 BGB möglich, wenn B zum Zeitpunkt der Einigung schon für L besitzt. Dann reichte eine bloße Einigung zwischen THT und L aus. Der Besitz der B könnte der L unmittelbar zugerechnet werden, wenn B Besitzdienerin oder Geheißperson der L war (s. o.). B ist der L nicht weisungsgebunden und damit nicht Besitzdienerin der L. Die Rechtsfigur des Geheißerwerbs setzt voraus, dass die Personen in keiner besitzrechtlichen Beziehung stehen. Entscheidend ist, dass der Veräußerer jeden Einfluss auf die Sache verliert und der Erwerber den Einfluss auf die Sache erlangt, was nicht unbedingt die Erlangung des unmittelbaren Besitzes erfordert (Auslieferung an Geheißperson genügt). Das ist hier aus doppeltem Grunde nicht der Fall. B hat keinen inneren Willen für L zu besitzen. Auch ist das Band zu THT nicht abgerissen, da B als Leasingnehmerin gegenüber THT Fremdbesitzerin aus eigenem Recht ist.

#### cc) §§ 929, 930, 933 BGB

##### aaa) Einschlüßigkeit der Besitzregeln

Eine Übergabe von THT an L gemäß §§ 929, 930 BGB könnte dann vorliegen, wenn zwischen THT und L ein Besitzkonstitut vereinbart wurde. Nach § 868 BGB liegt ein Besitzkonstitut vor, wenn jemand aufgrund eines konkreten Besitzmittlungsverhältnisses für einen anderen besitzt. Übergabe durch Besitzkonstitut bedeutet also, dass der zuvor bestehende Eigenbesitz zum Fremdbesitz wird. Dabei muß es sich nicht notwendig um unmittelbaren Eigenbesitz handeln. Mittelbarer Eigenbesitz reicht (§ 871 BGB). In dieser Konstellation würde THT zur mittelbaren Besitzerin 1. Stufe, die L zur mittelbaren Besitzerin 2. Stufe. Die entscheidende Frage ist, ob nach Vorstellung der beiden Parteien THT und L die THT aus der Besitzkette ausscheiden soll (dann liegt keine Besitzstufung vor) oder ob B für L Fremdbesitzerin werden will. Dass der L von THT das Sicherungseigentum innerhalb eines Vertrages mit B und THT übertragen wird, spricht dafür, dass auch L mit zwei Besitzern zu tun haben will. Auch dass THT ein Eigeninteresse am Zustandekommen der Darlehensvereinbarung B-L hat, könnte dafür sprechen, dass auch die THT nicht aus der Besitzkette ausscheiden will<sup>12</sup>. Dagegen könnte sprechen, dass die L ihr Kerngeschäft mit B abwickelt – und mit THT an sich nichts weiter zu tun haben will. Die THT soll der L eine Sicherheit zugunsten der B verschaffen, soll aber der L nicht über die Besitzmittlung verbunden bleiben. Entscheidend ist der Wille, der durch den Vertragswortlaut zum Ausdruck kommt. Zwar bringt L durch Vertragsklausel 3 zum Ausdruck, dass sie kein Interesse an einem Anwartschaftsrecht hat. Daraus kann man nicht ableiten, dass sie kein Interesse an einer besitz-

<sup>9</sup> BGHZ 36, 56; weitere Hinweise bei Palandt/BASSENGE, 67. Aufl. (2008), § 929 Rdn. 19.

<sup>10</sup> Abgesehen davon dass es überaus fragwürdig wäre, die Besitzübergabe durch die zweite Weisung durch L in der Person der B zu konstruieren. Ein solcher doppelter Geheißerwerb als In-sich-Konstruktion würde die Übergabe vollständig fingieren und den Eigentumsübergang zum Kausalgeschäft machen. Der Geheißerwerb ist demgegenüber nur zur Abkürzung von Lieferketten geschaffen. Ein doppelter Geheißerwerb als In-Sich-Übergabe wäre *contra legem*.

<sup>11</sup> BGHZ 161, 90 (108).

<sup>12</sup> Diese Konstellation entspricht der Dreieckssituation am besten. Dies scheint der BGH selbst für die FlowTex Konstellation anzunehmen, wenn man dies zwischen den Zeilen aus der Rückverweisung schließen darf (wg. § 933 BGB, der die Übergabe »durch den Veräußerer« erfordert). 90% der abgegebenen Arbeiten haben den Weg über die Abtretung nach § 931 BGB gewählt – ohne Punktabzug.

rechtlichen Beziehung hat. Denn über die Sicherungsvereinbarung ist die L der B sowieso weiterhin verbunden.

Damit liegt eine gewollte Besitzverschaffung nach §§ 929, 930 BGB vor.

#### bbb) Besitzbruch

Die Übertragung von Eigentum ist aber nur dann möglich, wenn die Besitzmittlungskette zum Zeitpunkt der Einigung (hier 15. 12. 2005) besteht, d. h. dass mindestens der das Eigentum übertragende mittelbare Besitzer den neuen Oberbesitz anerkennt (Fremdbesitzerwille). Laut Sachverhalt werden nach der Besichtigung durch L am 5. 12. 2005 die Schilder abgeschraubt. Welcher der beiden Geschäftsführer Hand anlegt, offenbart der Sachverhalt nicht. Da die beiden kollusiv zusammenwirken, ist das Abschrauben der Schilder als gemeinsamer Bruch der Anerkennung eines etwaigen Oberbesitzes zu qualifizieren. Umstritten ist, welche Anforderungen an den Bruch des Besitzwillens zu stellen sind. Nach BGH genügt jede wahrnehmbare, *nach außen manifestierte Änderung des Willens*<sup>13</sup>. Nur der entgegenstehende innere Wille reicht nicht aus, um den Besitz zu brechen<sup>14</sup>. Es komme allein auf die äußere Erkennbarkeit an.

Es fragt sich aber, ob die Aufgabe des Besitzmittlungswillens nicht dem Erwerber gegenüber zum Ausdruck gebracht werden muss. Denn andernfalls hat es der treuwidrige Besitzer in der Hand, ob und zu welchem Zeitpunkt ein Erwerber Eigentum erlangen kann. Das Erfordernis der Wahrnehmbarkeit verlagerte den Abbruch der Übereignungskette nach vorne und schützte den Erwerber. Dies entspräche der Funktion des Besitzes beim gutgläubigen Erwerb bei § 931, 934 BGB, der den Rechtsschein des Fremdbesitzes tragen soll. Aus der Anerkennung des mittelbaren Besitzes als Rechtsscheinbestand für den Gutgläubenserwerb (§§ 933, 934 BGB) muss folgert werden, dass auch die Gefahren zu akzeptieren sind, die in der Treulosigkeit des Besitzers gegenüber dem Veräußerer liegen.

Für die Auslegung des BGH streitet die systematische Grundentscheidung des BGB für das *Traditio*-Konzept<sup>15</sup>. Es ist darauf angelegt, den Eigentumsübergang zeitlich nach hinten zu verlegen. In dieser Grundentscheidung ist eine Entscheidung zugunsten des bisherigen Eigentümers aufgehoben. Besitzverschaffung ist mehr als objektiver Rechtsschein, sondern impliziert einen bewussten Besitzwechsel<sup>16</sup>. Diese Grundidee ist zwar bei den Formen der Besitzstufung und der Abtretung verschwommen, da die Besitzübertragung gelingt, ohne dass der unmittelbare Besitzer von dem Wechsel der mittelbaren Eigenbesitzer wissen muss. Die Grenze ist aber dort zu ziehen, wo der Fremdbesitzer den Oberbesitz nicht mehr anerkennt und sich zum Eigenbesitzer aufschwingt<sup>17</sup>. Wenn man (auch) den inneren Tatbestand des Fremdbesitzerwillens beim Besitz aufgäbe, würde das *Traditio*-Konzept aufgegeben und der Eigentumserwerb zu einem reinen Kausalgeschäft ausgehöhlt.

Damit liegt keine Übergabe vor.

#### dd) Übergabe durch Vorweggestattung

Es fragt sich dann, ob die vertraglich vereinbarte Vorweggestattung der Besitznahme für die Übergabe ausreicht. L wird durch Vertragsklausel Nr. 4 von THT berechtigt, die Bohrer den jeweiligen Besitzern wegzunehmen, wenn B ihren Vertragspflichten nicht nachkommt.

Zwar muss nach den Grundregeln der Besitzverschaffung der Veräußerer im Prinzip *jeden* Besitz verlieren; er darf mithin *keinen* mittelbaren Besitz behalten. Aber bereits die Besitzverhältnisse beim Eigentumsvorbehalt bilden dazu eine Ausnahme. Dort erwirbt der Erwerber nur unmittelbaren Fremdbesitz, während der Veräußerer mittelbaren Eigenbesitz behält<sup>18</sup>. Entscheidend sei, dass der Erwerber unmittelbaren oder vom Veräußerer *unabhängigen* mittelbaren Besitz erwirbt. Deshalb ist für die Sicherungsübereignung überlegt worden, ob nicht eine Vorweg-

gestattung der Besitznahme wie hier ausreichen könne<sup>19</sup>. Denn ein »*Nimm weg!*« müsse gleichbedeutend sein mit einem »*Nimm hin!*«. Dem ist der BGH jedoch entgegengetreten<sup>20</sup>. Der Begriff der Übergabe einer Sache gemäß §§ 930 und 933 BGB könne nicht anders sein als in § 929 BGB. »Der Übergabewille desjenigen, der dem Erwerber den Besitz einräumt, muss auf dem Veräußerungsgeschäft beruhen. Denn für § 933 BGB ist es nicht entscheidend, dass der Erwerber irgendwie den Besitz der von ihm veräußerten Sache erhält, sondern dass er den Besitz gerade von dem Veräußerer und mit dessen Willen erlangt hat«<sup>21</sup>.

Dieser strengen Auslegung ist beizupflichten. Die Vorweggestattung ist nicht nur mit dem *Traditio*-Konzept des BGB unvereinbar. Die strenge BGH-Interpretation passt gut zu der Grundlinie des BGH in der Kreditsicherung, nach der der zeitlich prioritär Sichernde geschützt wird, in diesen Fällen i. d. R. der Vorbehaltsverkäufer. Die Nichtberechtigung desjenigen, der einem Dritten vorgaukelt, er sei der Eigentümer und könne die Sache sicherungsübereignen, ist nur nach Rechtsscheinbeständen überwindbar. Dazu bedarf es dann der tatsächlichen Übergabe.

#### ee) Zwischenergebnis

L ist nicht Eigentümerin geworden.

#### ff) Exkurs zum *Traditio*-Konzept

Dieser Prüfungsteil hat vielen Bearbeitern Schwierigkeiten bereitet – zu Recht! Das *Traditio*-Prinzip des BGB, in das der mittelbare Besitz eingefügt wurde und dieselben Offenkundigkeitsfunktionen erfüllen soll wie der unmittelbare, verursacht Komplikationen, die in den Kausalrechtsordnungen (wie etwa in Frankreich) so nicht denkbar sind.

Das *Traditio*-Konzept bedeutet zweierlei: Erstens konstruiert es den Eigentumsübergang als gestreckten Erwerbstatbestand. Zweitens soll nach ständiger Rechtsprechung die Übergabe auf die Einigung bezogen sein (alleinige Ausnahme § 929 Satz 2 BGB). Die Tatbestandsstreckung bedingt, dass der Eigentumserwerb zugunsten des Eigentümers auf der Zeitschiene nach hinten verschoben wird – eine Folge, die im Vergleich zu den Kausalordnungen als ökonomisch effizient eingeschätzt wird<sup>22</sup>. Die evidente Rechtsfolge ist, dass der Eigentümer sachenrechtlich solange Verfügungsberechtigt bleibt, bis die Übergabe erfolgt. Mit dieser Grundidee des starken Veräußererschutzes ist kongruent, dass der Erwerber bei der mittelbaren Besitzübertragung das Risiko des Betrugs durch den etwaigen Besitzmittler trägt. Denn ein gutgläubiger Erwerb wird durch den Bruch des Fremdbesitzerwillens abgeschnitten.

Die *FlowTex*-Entscheidung bekräftigt die Bedeutung der *Traditio* beim mittelbaren Besitz. Dabei verblüfft zweierlei.

Zum einen zeigt der zugrundeliegende Sachverhalt bei *FlowTex* auf, dass es just der mittelbare Besitz ist, der dem Rechtsverkehr gefährlich sein kann. Unser Judiz ist demgegenüber von der gesetzlichen Wertung der §§ 933, 934 BGB geprägt,

13 BGHZ 161, S. 91 e).

14 Ausdrücklich BGH WM 1979, 771, 773.

15 Wie die Bearbeiter entscheiden, war ihnen überlassen. Sie mussten nur konsequent argumentieren: Keine Gutgläubensprüfung mehr nach Veräußerung des Fremdbesitzerwillens bei B zugunsten der THT.

16 VAN DEN VLIET, *Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law* (2000) erfrischend aus rechtsvergleichender Sicht zum Besitz als Realkontrakt, S. 208; siehe auch Staudinger-BGB/WIEGAND, Bd. §§ 925–984 (2004), § 930 Rdn. 12.

17 Staudinger-BGB/WIEGAND (Fn. 16) § 930 Rdn. 22.

18 Palandt/BASSENGE (Fn. 9) § 929 Rdn. 27.

19 Revisionsgründe, wiedergegeben in BGHZ 67, 207 (S. 208).

20 BGHZ 67, 207 (S. 209).

21 BGHZ 67, 207 (S. 209).

22 Dazu U. MATTEI, *Basic Principles of Property Law* (2000), S. 105.

die den Erwerber des mittelbaren Besitzes beim gutgläubigen Erwerb privilegieren – als Konsequenz der formalen Gleichsetzung von unmittelbarem und mittelbarem Besitz<sup>23</sup>. Der Sachverhalt zeigt aber auf, dass in komplizierten Dreiecken die einfache Entgegensetzung von Eigentümerschutz und Rechtsverkehr unterkomplex ist. Auf der »Rechtsverkehrsseite« stehen zwei Parteien. *FlowTex* zeigt, dass eine vorschnelle Annahme eines Besitzmittlungsverhältnisses zu einer ungerechten Risikoverteilung zwischen diesen beiden führt. Es ist just die erstfinanzierende Leasingbank, die gegen die rückfinanzierende Bank geschützt werden soll (wg. der drohenden Veritätshaftung). Aus diesem Grunde sucht der BGH den allgemeinen Hang zur Annahme eines mittelbaren Besitzes i. S. v. § 868 BGB zu bremsen, indem er dem Instanzgericht aufgibt, die Besitzverhältnisse sorgfältig zu klären und dabei auch §§ 929 Satz 2 und 930 BGB zu prüfen<sup>24</sup>.

Das Ergebnis hätte der BGH zwar »einfacher« haben können, hätte er mit seiner Rechtsprechung gebrochen, der zufolge der gebrochene Fremdbesitzerwillen dem Erwerber bloß erkennbar sein muss, um den Besitz entfallen zu lassen. Unbefriedigend daran ist, dass es somit der Betrüger in der Hand hat, ob der gutgläubige Erwerb gelingt. Die Betonung der subjektiven Seite des Fremdbesitzes führt zum Schutz des Veräußerers gegen den betrügerischen Besitzmittler mittels *Traditio* (!) zu einer Belastung des Rechtsverkehrs.

Damit ist ein zweites verblüffend. Der BGH stärkt das *Traditio*-Konzept, obwohl die Probleme des mittelbaren Besitzes bei der Übergabe bekannt sind und die Bundesrepublik mit dem *Traditio*-Konzept in Europa allein steht. Vergleichbare Probleme sind uns zum Beispiel vertraut durch das bekannte Examensproblem des nachträglichen Eigentumsvorbehalts<sup>25</sup>. Vordergründig geht es dort zwar um die Bindungswirkung einer einmal erfolgten Einigung. Die Konstruktionsschwierigkeiten beruhen gleichwohl auf dem Prinzip der *Traditio*. Der BGH konstruiert das gewollte Ergebnis bekanntermaßen durch zwei voneinander unabhängige Akte: eine unbedingte Rückübereignung mittels Besitzkonstitut und eine erneute, nun aufschiebend bedingte Übereignung<sup>26</sup>. Schon Heck kritisierte, dass es am konkreten Besitzmittlungsverhältnis im Sinne von § 868 BGB fehle. Deshalb konstruiert er eine Rückübereignung als auflösend bedingte Sicherungsübereignung gem. §§ 929, 930 BGB<sup>27</sup>. Die heute wohl herrschende Literatur konstruiert die Übertragung als einen einzigen Rechtsakt, bei dem das (auflösend bedingte) Volleigentum gekürzt um ein Anwartschaftsrecht gemäß §§ 929, 930 BGB zurückübertragen wird<sup>28</sup>. Die Problematik ist dieselbe: Das Erfordernis der *Traditio* entwertet den mittelbaren Besitz zulasten des Rechtsverkehrs.

Der Fall *FlowTex* verweist damit auf die grundlegende Frage, ob die Bundesrepublik angesichts der modernen Ubiquität von Besitzmittlungsverhältnissen und dem Bedeutungsverlust, den der Besitz als Rechtsschein des Eigentums erfahren hat, an der *Traditio* festhalten kann. Aus der Perspektive der allgemeinen Entstofflichung in der Informationsgesellschaft wirkt das *Traditio*-Prinzip des BGB wie ein Fossil mit fragwürdigem Alleinstehensanspruch. Selbstverständlich steht die Aufgabe des *Traditio*-Prinzips nicht dem BGH alleine zu. Hier ist letztlich der Gesetzgeber gefragt. Auch lösen sich mit dem Konsensprinzip nicht alle Probleme in Luft auf<sup>29</sup>. Indes ist dem BGH in der *FlowTex*-Entscheidung etwas Vorbildliches gelungen. Er hat die Risikoverteilung im Programm der BGB-Transferregeln für die Fallentscheidung problematisiert. Das ist für das deutsche Sachenrecht bislang ungewöhnlich, da die Regeln strikt und eindeutig sein sollen. Mit seinen Überlegungen ist der BGH aber zu einer überzeugenden Begründung gelangt – die sich nicht begnügt mit dem formalen Argument der Gleichsetzung von unmittelbarem und mittelbarem Besitz. Das ist ein Fortschritt.

## Hilfsgutachten: L ist Eigentümer.

### IV. Eigentumserwerb der S

*Vorüberlegung:* Die Vorgabe, dass L Eigentümerin ist, sollte die schicksalhafte Frage des gebrochenen Besitzmittlungswillens der B für den zweiten Teil abschneiden<sup>30</sup>.

#### 1. Einigung

Die Übertragung von Sicherungseigentum erfolgt nach den allgemeinen Eigentumstransferregeln nach §§ 929 ff. BGB. Am 7.12. schickte die L ein von S vorbereitetes Antragsformular. Das als »Antragsformular« überschriebene Schriftstück war von Seiten der S noch keine bindende Willenserklärung. Erst das Zurücksenden ist als Angebot der L zu werten, dass von S angenommen wurde. Damit liegt eine Einigung zwischen L und S über die Übertragung des Sicherungseigentums, das ursprünglich die THT der B zur Sicherung der Darlehensforderung der L gegen B übertragen wollte (Zweiterwerb), vor.

#### 2. Übergabe

Die Übertragung von ursprünglich nach §§ 929, 930 BGB übertragenen Sicherungseigentum erfolgt nach den allgemeinen Regeln der Eigentumsübertragung (Einigung plus Übergabe). Da ein Besitzkonstitut an mittelbarem Besitz möglich ist (§ 871 BGB), kann der Veräußerer wählen (s. o.): Will die L weiterhin ein Besitzverhältnis zu B aufrechterhalten, kann L der S mittelbaren Besitz zweiter Stufe übertragen (§ 930 BGB). Das setzt voraus, dass L mittelbare Besitzerin wäre. Will sie indes gänzlich aus dem Rechtsverhältnis ausscheiden, kann L den Anspruch gegen B aus dem Sicherungsvertrag an S abtreten (§ 931 BGB). Hierzu reicht es, wenn L gegen die B einen Anspruch auf Besitzverschaffung hat.

Hier waren zwei Argumentationswege mit mehreren Alternativen denkbar. Mit Blick auf das fortbestehende Darlehensverhältnis zu B konnte argumentiert werden, dass L der S nur Besitz zweiter Stufe mitteln wollte. S würde nur zweitstufiger mittelbarer (Eigen-)Besitzer werden. Aber dazu musste sie tatsächlich mittelbaren Besitz haben. Spätestens aufgrund des Besitzbruchs hatte L aber keinen mittelbaren Besitz, wenn man nicht schon von vorneherein angenommen hatte, dass B allein für THT besitzen will. Eine Übertragung des Sicherungseigentums nach § 930 BGB würde in jedem Fall an der Übergabe scheitern. Man kann aber auch argumentieren, dass S alleinbefugt gegenüber B auftreten und nicht von S abhängig sein wollte. Dann müsste die Besitzübertragung im Wege des § 931 BGB erfolgen. Wer so argumentiert, muß seine Ausführungen korrelieren zu der Besitzkonstruktion im Verhältnis THT-L. Wer dort eine

23 Leitentscheidung BGHZ 50, 45.

24 Dies betont bereits HEY (Fn. 3), 402 (404).

25 Staudinger-BGB/WIEGAND (Fn. 16) § 930 Rdn. 36–40.

26 BGH NJW 1953, 217.

27 PH. HECK, Sachenrecht (1930) § 107, 5.

28 BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, 17. Aufl. (1999) § 51 Rdn. 34. Dies hat zur Rechtsfolge, dass zwischenzeitlich entstandene Rechte Dritter nicht nach § 936 BGB erlöschen.

29 Die Überlegungen, die im deutschem Recht bei der Besitzübertragung angestellt werden, verschieben sich bei dem Eigentumserwerb nach Konsensprinzip in die Prüfung der Spezifität. Illustrativ dazu die Reformanstrengungen, die durch die berühmten beiden Fälle *Re Goldcorp-Exchange* (Privy Council [1994] 2 All ER 806) und *The Gosforth* (Arrondissementsrechtsbank Rotterdam, 20 Febr. 1985, S&S 1985, 91) angestrengt wurden, ausführlich dazu VLIET (Fn. 16) S. 94 und S. 98.

30 Wer dies anders gemacht hat, hatte keinen Nachteil. Die Korrektoren waren angehalten, auf korrekte Formulierungen zu achten: »abgetreten« wird allein ein schuldrechtlicher Anspruch auf Besitzverschaffung, nicht aber der dingliche Anspruch aus § 985 BGB. Dieser Anspruch ist nicht abtretbar.

Übereignung im Wege des § 931 BGB konstruierte und diese als wirksam bejaht hatte, hatte jetzt einen abtretbaren Herausgabeanspruch gegen B. Wer die Übereignung im Wege von § 930 oder § 929 Satz 2 BGB konstruiert hatte, musste sich an dieser Stelle Gedanken machen über einen vertraglichen Anspruch auf Besitzverschaffung, der sich aus der »Eintrittsvereinbarung« ergibt.

Dass bei Eigentumstransfer durch Abtretung des Herausgabeanspruches (§ 931 BGB) der Besitzer erst einmal vorübergehend subjektiv weiter für den alten Eigentümer besitzt, ist unschädlich. Entscheidend ist, dass er als Fremdbesitzer das Recht des mittelbaren Oberbesitzers (gleich welche Person) anerkennt<sup>31</sup>.

### 3. Berechtigung der L

Fraglich ist, ob L am 15. 12. 2006 als Berechtigte verfügte, wenn erst noch am gleichen Tag das Sicherungseigentums begründet wurde. Die Übertragung des Sicherungseigentums setzt rechtlich die Existenz des Rechts voraus. Für die Entstehung bedarf es zuvor der Übergabe. Zum Zeitpunkt der Übergabe muss der Veräußernde berechtigt sein. Bis dahin ist die Einigung bindend, aber bis Übergabe widerrufbar (antizipierte Einigung). Da die L sowieso erst dann übertragen will, wenn ihr das Eigentum übertragen wurde, steht die Berechtigung der L nicht in Frage.

## V. Eigentumsverlust an I<sup>32</sup>

### 1. §§ 929, 931 BGB

#### a) Einigung und Übergabe durch Abtretung

S und I haben sich über die Übertragung von Sicherungseigentum an den Bohrer (Einigung) und über die Abtretung des Herausgabeanspruches der S gegenüber B (Übergabe) geeinigt.

#### b) Berechtigung

S könnte es an der Berechtigung fehlen, wenn zwischen L und S eine wirksame Rückfallklausel vereinbart wurde (auflösende Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 2 BGB). Dann wäre S zum Zeitpunkt der Eigentumsübertragung an S nicht Eigentümerin der Bohrer. Fraglich zunächst ist, ob diese Klausel wirksam vereinbart wurde.

#### aa) Vereinbarung der Klausel

Bereits mangels Einigung könnte die Klausel nicht Vertragsbestandteil geworden sein. Am 15. 12. 2006 sendet S ein »Begleitschreiben« mit dieser Klausel an L zurück. Dieses Schreiben sollte das ursprünglich von S vorbereitete Antragsformular ergänzen. Der Sachverhalt sagt nicht, ob S diesem Begleitschreiben explizit zustimmt. Da die Klausel aber die Sicherungsübereignung als fiduziarisch gebundenes Eigentum ergänzte und bei der Übertragung von Sicherungseigentum häufig vereinbart wird, ist von einer konkludenten Annahme der Klausel auszugehen<sup>33</sup>.

#### bb) Wichtigkeit der Klausel

Die Regelung des automatischen Rückfalls des Eigentums im Falle des unbefugten Verfügens oder einer unauthorisierten Abtretung könnte gegen das Verbot von Verfügungsbeschränkungen i. S. v. § 137 Satz 1 BGB verstoßen, so dass die Klausel unwirksam ist<sup>34</sup>. Gemäß dieser Vorschrift kann die (dingliche) Befugnis zur Veräußerung nicht durch Rechtsgeschäft beschränkt werden. Zwar vereinbaren L und S kein allgemeines Verfügungsverbot im Wortsinne des § 137 BGB. Denn der S wird nicht grundsätzlich versagt, über die Bohrer zu verfügen. S darf lediglich nicht »unbefugt« und »ohne Zustimmung« verfügen. Verfügungsbeschränkungen rühren indes an der Rechtsmacht der Einzelnen<sup>35</sup>. Das Verbot von Verfügungsbeschränkungen ist mithin eine Grundregel, die die Privatautonomie schützt, und ist deshalb weit auszulegen. Sie erfasst mithin auch Regeln, die wie die vorliegende bloß Zustimmungsvorbehalte vorsieht.

Denn die Freiheitsgewähr einer Verfügungsmacht wird durch ein Vetorecht eines Dritten potentiell ausgehöhlt.

Von dem Grundsatz des Verbots kennt das Gesetz allerdings Ausnahmen. Jenseits der hier nicht einschlägigen Frage, welche schuldrechtlichen Auswirkungen ein dinglicher Verfügungsverzicht hat (§ 137 Satz 2 BGB)<sup>36</sup>, stellt § 399, 2. Alt. BGB als Ausnahmevorschrift zu § 137 BGB klar<sup>37</sup>, dass vertraglich sehr wohl vereinbart werden kann, dass eine Forderung nicht abgetreten werden darf. Die Möglichkeit des Abtretungsverbots schränkt § 354 a HGB bezogen auf beiderseitige Handelsgeschäfte und explizit beschränkt auf Geldforderungen wieder ein. Da es hier nicht um die Abtretung der Darlehensrückforderung, sondern um die Übertragung des Sicherungseigentums, also um die Abtretung des Herausgabeanspruches geht, ist § 354 a HGB hier nicht einschlägig.

Entscheidend ist also, ob die vorliegende Klausel unter den Normzweck von § 137 BGB oder von § 399, 2. Alt. BGB fällt. In der vereinbarten Klausel geht es um die Absicherung eines Treuhandverhältnisses. Der Entstehungsgeschichte nach geht es dem § 137 BGB und seines Vorläufers just um die Verhinderung privater Verfügungsbindungen. Movens war die Sicherung des Freiheitsraums, den das Eigentum gewährt<sup>38</sup>. § 399, 2. Alt. BGB zielt dagegen darauf ab, dass privatautonome Abtretungsverbote von Forderungen wirksam sind. Die vorliegende Klausel zielt, oberflächlich betrachtet, nicht auf das Abtretungsverbot einer Forderung, sondern auf die Verhinderung der Eigentumsübertragung und fiele demnach unter den Normgehalt des § 137 BGB. Indes hat sich die Funktion von Eigentum in der ausgereiften Marktwirtschaft verändert. Neben die freiheitsgewährende Funktion ist die Verwertungsfunktion getreten. Zum modernen, schnellen Warenumschlag gehören fiduziarische Rechtsverhältnisse, von denen Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung nur die bekanntesten fiduziarischen Rechtsinstitute sind. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass der Rechtsinhaber »mehr kann, als er darf«. Seine Rechtsmacht im Außenverhältnis reicht weiter, als er im Innenverhältnis ausüben darf. Rückfallklauseln, die dem Rechtsmissbrauch des Treuhänders Grenzen setzen sollen, haben deshalb mit dem Schutzzweck von § 137 BGB nichts zu tun<sup>39</sup>. Durch eine entsprechende Klausel in einem Sicherungsvertrag wird der Erwerber nicht um etwas beschränkt, worüber er rechtmächtig wäre. So liegt es auch hier. Der S verfügt im Innenverhältnis nicht über die Rechtsmacht der freien Verfügung über den Sicherungsgegenstand. Ihm wurde ein bedingtes Recht zur Verwertung übertragen, nicht ein allgemeines Verfügungsrecht. S will dafür Sorge tragen, dass er seine Verpflichtung gegenüber L später einlösen kann (die ihrerseits zur Rückübertragung ver-

31 Staudinger-BGB/WIEGAND (Fn. 16) § 931 Rdn. 4; vgl. auch DERS. § 930 Rdn. 12.

32 Der Aufbau dieses letzten großen Prüfungsabschnittes hängt von den bisherigen Ergebnissen der Gutachter ab: Abhängig vom dem Ergebnis des Eigentumserwerbs der S, war die Prüfung des Eigentumstransfers auf I entweder mit § 931 BGB oder mit §§ 931, 934 BGB zu beginnen.

33 Viele Bearbeiter haben hier das klassische Klausurproblem »Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreiben« erörtert. Dafür gab es Anerkennungspunkte, wenn die Prüfung sorgfältig alle Tatbestandsmerkmale erörtert hatte.

34 Viele Bearbeiter nahmen prüfen die Klausel als ABG und am Maßstab der §§ 305 ff. BGB. angenommen. Laut Sachverhalt gab es aber keinen Hinweis auf »für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert« (§ 305 Abs. 1 BGB).

35 Staudinger-BGB/KOHLER, Band §§ 134–163 (2003), § 137 Rdn. 30–33.

36 Schadensersatzansprüche aus Pflichtverletzung aus § 280 BGB bleiben deshalb möglich.

37 Wobei die dogmatische Einordnung als »Ausnahme« von der Regel oder »Vorfeld« umstritten ist, dazu Staudinger-BGB/BUSCHE, Band §§ 397–432 (2005), § 399 Rdn. 52.

38 Siehe dazu illustrativ die Zitate von JHERING und DERNBURG bei TIMM, JZ 1989, 13 (16).

39 So explizit auch TIMM, ebenda, S. 19 f.

pflichtet ist). Ein Veräußerungsvorbehalt tastet eine ihm zugewiesene Verfügungsmacht nicht an, da sie ihm nicht zustehen soll. Die Leichtigkeit des Rechtsverkehrs, insbesondere die Verkehrsfähigkeit von Gütern, wird durch eine solche Klausel nicht eingeschränkt. Die Klausel ist mithin nicht vom Normzweck des § 137 BGB erfasst. Die Vertragsklausel ist mithin wirksam.

cc) *Verstoß gegen die Klausel*

S müsste gegen ihre Verpflichtung aus der Klausel verstoßen haben. S war verpflichtet, vor Weiterveräußerung des Sicherungseigentums an I die Zustimmung der L einzuholen. Das hat L unterlassen. Damit hat sie unbefugt verfügt, das Eigentum fällt automatisch an L zurück. S verfügte als Nichtberechtigter.

2. §§ 929, 931, 934 BGB

I könnte von S allein durch gutgläubigen Erwerb Eigentum erlangt haben.

§ 934 BGB setzt voraus, dass der Veräußerer entweder mittelbarer Besitzer ist, oder den Besitz der Sache von dem Dritten

erlangt. Da S der I aber weder mittelbaren Besitz verschaffen kann, noch I den Besitz unmittelbar erlangt, kann I gemäß § 934 BGB gutgläubig kein Eigentum erwerben<sup>40</sup>.

3. Ergebnis<sup>41</sup>

I hat von S kein Eigentum erworben. Mithin hat sie keinen Anspruch auf Herausgabe gegenüber L.

40 Aber selbst wer diese gesetzlichen Schranken nicht erkennt, muss an der subjektiven Gutgläubigkeit der I zweifeln, da Gerüchte bereits publik sind, dass B zahlungsunfähig ist.

41 Dieser kurze Lösungsweg schneidet zwei interessante Fragen ab, die sich zur Erörterung anbieten: Hätte I die Herausgabe aller 27 Bohrer verlangen können, obwohl L nur 17 besitzt? (Antwort: Nein, denn L ist nicht einmal mittelbarer Besitzer.) Hat die L ein dem Herausgabeanspruch entgegenstehendes Recht zum Besitz? (Antwort: Das hängt von dem Modus des Eigentumstransfers ab: bei § 931 BGB wegen § 404 BGB: ja).

Anfängerklausur ÖR

Methodik

## Religionsgemeinschaften und die Meinungsfreiheit

Von stud. iur. Sebastian K. Mielke, Augsburg<sup>1</sup>

Abgrenzung von Presse- und Meinungsfreiheit – »Pope-town«-Ausstrahlung – Karikaturenstreit – Schutzes von Religionsgemeinschaften

### SACHVERHALT

Aufgeschreckt durch die Tatsache, dass Deutschland ein Einwanderungsland ist und Menschen mit unterschiedlichsten Religionen eine neue Heimat bietet, verabschiedet der Gesetzgeber formell verfassungsgemäß folgende Neufassung von § 166 StGB:

#### § 166 StGB neu:

(1) Wer öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften oder Bildnissen den Inhalt des religiösen Bekenntnisses einer Religionsgemeinschaft in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, das Ansehen der Religionsgemeinschaft zu schädigen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Die Gesetzesbegründung führt aus, dass in einer zunehmend multikulturellen Gesellschaft wie der deutschen ein gedeihliches und vor allem auch friedliches Miteinander nur zu erreichen sei, wenn Versuchen, die Glaubensbekenntnisse der einzelnen Religionen in den Schmutz zu ziehen, ein Riegel vorgeschoben werde. Das Ansehen der Religionsgemeinschaften sei schließlich ein wichtiges Rechtsgut, dessen Bewahrung sichergestellt werden müsse.

Nachdem das Gesetz am 1. 3. 2004 in Kraft getreten ist, wird kurz darauf G aufgrund § 166 StGB (neu) verurteilt. Er ist Schweizer Staatsbürger und Chefredakteur des deutschen Nachrichtenmagazins »Reflektionen« mit Sitz in Augsburg. Sein Magazin hat eine lange Tradition darin, sich kritisch mit dem Thema Religion und Kirche auseinander zu setzen. Grund der Verurteilung war ein Artikel, der eine Nachlese des Weltjugendtages zum Inhalt hatte. Unter der Überschrift »Christlich!« lis-

tete er einige Straftaten auf, die von einzelnen Besuchern des Weltjugendtages tatsächlich begangen wurden. Eine weitere Bewertung der Vorfälle enthielt der Artikel nicht.

Gegen die Verurteilung legt G Berufung und Revision ein. Ohne Hinweis auf seine Grundrechte macht er dabei jeweils nur geltend, sein Artikel falle nicht unter § 166 StGB. Er bleibt jedoch in allen Instanzen erfolglos. Das Revisionsgericht führt in seiner Urteilsbegründung aus, der Artikel erwecke den Eindruck, das Christentum sei eine Vereinigung von Kriminellen. Eine andere Deutungsweise des Artikels sei nicht möglich. Auch unter Beachtung der Grundrechte des G sei eine Verurteilung daher angemessen.

G wendet sich an seinen Anwalt S, weil er sich durch das Urteil in seinen Grundrechten verletzt sieht. Er könne schon nicht glauben, dass § 166 StGB verfassungskonform sei, zumal die Vorschrift eine Quasi-Zensur darstelle. Jedenfalls sei seine Verurteilung unangemessen. Schließlich habe er mit seinem Artikel nur darauf aufmerksam machen wollen, dass es auch im Christentum – wie in jeder anderen Religion – mitunter schwarze Schafe gebe. S erhebt darauf form- und fristgemäß Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG.

#### Bearbeitervermerk:

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Fragen nötigenfalls hilfsgutachtlich eingeht, sind die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde zu prüfen. Auf Artikel 12 I GG ist nicht einzugehen.

<sup>1</sup> Der Autor ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Professor Dr. Ivo APPEL, Juristische Fakultät der Universität Augsburg. – Der Fall wurde in leicht abgeänderter Form als Zwischenprüfungsklausur im Öffentlichen Recht an der Universität Augsburg gestellt.

# JURA

## Juristische Ausbildung

Herausgeber Dagmar Coester-Waltjen, Dirk Ehlers, Klaus Geppert, Jens Petersen, Helmut Satzger, Friedrich Schoch, Klaus Schreiber

### Aktuelle Rechtsprechung in der JURA-Kartei (JK)

- BGB** Falsa demonstratio beim Grundstückskauf
- BGB** Form der Auskunftserteilung gem. § 260 I BGB
- BGB** Vertragsstrafeversprechen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen
- BGB** Zusammentreffen von Nutzungsausfall-schadensersatzverlangen und Rücktritt
- BGB** Zur Anwendung nachbarrechtlicher Vorschriften zwischen Wohnungs- und Bruchteilseigentümern
- ZPO** Berücksichtigung von eingeklagten vorprozessualen Anwaltskosten bei der Streitwertbemessung
- StGB** Zur Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft (Organisationsdelikt) und Mittäterschaft
- StGB** Zur irrümlichen Annahme eines Aussagenotstandes
- StGB** Zum räuberischen Angriff auf Kraftfahrer, wenn das Tatopfer bei Beginn des Angriffs noch nicht Führer des Kraftfahrzeugs war
- StGB** Rechtsbeugung, Strafvereitelung im Amt, verminderte Schuldfähigkeit
- EGV** Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch gewerkschaftliche Maßnahmen
- GG** Vereinbarkeit des § 130 IV StGB mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit
- GG** Beschränkung der Meinungsfreiheit durch das Rechtsberatungsgesetz
- GG** Staatshaftung für Schäden wegen unzureichender Entwässerungseinrichtungen
- BauO NRW** Zweckveranlasser im POR
- VWGO** Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt bei der Anfechtungsklage

### Aufsätze

- Prof. Dr. Jürgen Kohler** Gutgläubensschutz im Grundstücksrecht bei Erwerb kraft Gesetzes? – Die Ablösung von falsch oder unvollständig eingetragenen Grundpfandrechten **481**
- Oberregierungsrat Dr. Alfred Scheidler** Einführung in das Immissions-schutzrecht **489**
- Akad. Rat Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia) und Strafverteidiger Dr. Henner Apfel** Das Grundrecht auf ein faires Strafverfahren **495**

### Grundstudium

- ZR** Grundriss EBV: Struktur, Anspruchsgrundlagen und Konkurrenzen (Wiss. Mit. Benjamin Raue) **501**
- ÖR** Allgemeine Sachentscheidungs-voraussetzungen verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutzanträge (Teil IV.) (Prof. Dr. Dirk Ehlers) **506**

### Repetitorium

- StR** Teilnehmerstrafbarkeit und »Doppelvorsatz« (Prof. Dr. Helmut Satzger) **514**

### Schwerpunktbereiche

- Zivilrechtspflege und Rechtsgestaltung** Die Gerichtsstandsvereinbarung gem. § 38 ff. ZPO – Zugleich ein Beitrag zur Prorogationsbefugnis des Insolvenzverwalters (Rechtsanwalt Dr. Christoph Keller) **523**

### Rechtsprechung

- Die aktuelle Entscheidung** Fremdnütziger Warmabriss, versicherungsrechtliche Repräsentantenhaftung und Ermöglichungsabsicht (§ 306 b II Nr. 2, Var. 1 StGB) (Wiss. Mit. Jan Dehne-Niemann) **530**
- Die aktuelle Entscheidung** Altlasten-Rechtsprechung oder Rechtsprechungs-Altlasten (Prof. Dr. Fabian Wittreck) **534**

### Methodik

- Übungshausarbeit ZR** Besitzkonstruktion im Finanzierungs-dreieck (Priv.-Doz. Dr. Christine Godt unter Mitwirkung von Ass. iur. Davor Susnjar) **542**
- Anfängerklausur ÖR** Religionsgemeinschaften und die Meinungsfreiheit (Stud. iur. Sebastian K. Mielke) **548**
- Übungsklausur StR** »Stalking« (Wiss. Mit. Moritz von Schenck) **553**

Forum/aktuell **559**

Literaturhinweise **560**