



HEMMER / WÜST / VERSE

HERAUSGABEANSPRÜCHE

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

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

§ 1 EINLEITUNG	1
A. Standort der Ansprüche im Gesetz	1
B. Anspruchsinhalt bzw. Gegenstand der Herausgabe	2
I. Herausgabe von <i>Sachen</i>	2
II. Herausgabe von sonstigen Gegenständen	2
C. Aufbau dieses Skriptums „Herausgabeansprüche“	2
D. Kurzübersicht über die verschiedenen Herausgabe- ansprüche	3
§ 2 VERTRAGLICHE HERAUSGABEANSPRÜCHE	4
A. Rückgabepflicht nach Vertragsbeendigung	4
I. Überblick	4
II. Leistungsstörungen	4
III. Verhältnis zu § 985 BGB	5
IV. Vertragliche Herausgabeansprüche gegen Dritte?	6
V. Besonderheiten bei der Herausgabe durch den Beauftragten (§ 667 BGB) und ähnlichen Fällen	7
1. Auftrag	7
a) Das zur Ausführung des Auftrags Erhaltene	7
b) Das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte	8
aa) Inhalt des Herausgabeanspruchs	8
bb) Aus der Geschäftsbesorgung erlangt	9
2. Erweiterungen des § 667 BGB	10
a) Geschäftsführung des Vereinsvorstands, § 27 III BGB	10
b) Entgeltliche Geschäftsbesorgung, § 675 BGB	14
c) Geschäftsführung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, § 713 BGB	15
d) Geschäftsführung in der OHG und KG	15
e) Vergleichbare Regelungen im Handelsrecht	15
B. Rückgabepflicht bei Rückabwicklung des Vertrags (§§ 346 I ff. bzw. aus § 355 III i.V.m. §§ 357 ff. BGB)	18
I. Rücktritt vom Vertrag gem. §§ 346 ff. BGB	18
1. Vertragliches und gesetzliches Rücktrittsrecht	18
2. Verweisungen auf die §§ 346 ff. BGB	19
3. Umfang der Rückgewährpflicht	19
II. Rückabwicklung nach Widerruf gem. § 355 III i.V.m. §§ 357 ff. BGB	20
C. Herausgabeanspruch auf das stellvertretende commodum (§ 285 I BGB)	20
D. Herausgabe als Folge der Naturalrestitution bei Ansprüchen auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 249 I BGB	26
§ 3 VERTRAGSÄHNLICHE HERAUSGABEANSPRÜCHE	27
A. Herausgabeanspruch aus §§ 280 I, 241 II, 311 II i.V.m. § 249 I BGB	27
B. Herausgabeansprüche aus echter und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag	27
I. (Echte) berechnigte GoA	27
II. (Echte) unberechnigte GoA	28

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

II. Die petitorischen Besitzherausgabeansprüche aus § 1007 BGB	64
1. Voraussetzungen des § 1007 I BGB	65
a) Bewegliche Sache.....	66
b) Anspruchsberechtigter	66
c) Anspruchsgegner gegenwärtig Besitzer	66
d) Anspruchsgegner bei Besitzerwerb bösgläubig	66
e) Kein Ausschluss nach § 1007 III BGB	66
2. Voraussetzungen des § 1007 II BGB	67
3. Anspruchsinhalt bei § 1007 I und II BGB.....	68
§ 5 HERAUSGABEANSPRÜCHE AUS UNGERECHTFERTIGTER BEREICHERUNG	69
A. Herausgabe des Sacheigentums	69
B. Kondiktion des Besitzes.....	70
I. Besitz als Gegenstand der Leistungskondiktion.....	70
II. Besitz als Gegenstand der Eingriffskondiktion	71
III. Rückerwerb des Nichtberechtigten.....	71
C. Herausgabe anderer Vorteile	72
D. Herausgabe des durch die Verfügung eines Nichtberechtigten Erlangten (§ 816 I BGB).....	72
§ 6 „HERAUSGABE“ANSPRÜCHE AUS UNERLAUBTER HANDLUNG	74
§ 7 SPEZIELLE HERAUSGABEANSPRÜCHE (VOLLMACHTSURKUNDEN, SCHULD- U. ERBSCHHEINE).....	76
A. Vollmachtsurkunden.....	76
B. Schuldscheine und Vollstreckungstitel	76
C. Erbscheine	76
§ 8 GESAMTANSPRÜCHE AUF HERAUSGABE VON SONDERVERMÖGEN	77
A. Herausgabeanspruch des Kindes bei Ende der elterlichen Sorge (§ 1698 I BGB)	78
B. Herausgabeanspruch des Mündels/Betreuten bei Ende der Vormundschaft/Betreuung (§§ 1890 S. 1, 1908i I S. 1 BGB).....	78
C. Herausgabeanspruch des Nacherben gegen den Vorerben (§ 2130 BGB).....	78
I. Voraussetzungen.....	78
II. Anspruchsinhalt	78
1. Herausgabe der Erbschaft.....	78
2. Herausgabe der Surrogate	78
3. Herausgabe im Zustand ordnungsmäßiger Verwaltung.....	80
III. Verhältnis zu anderen Ansprüchen	80

D. Erbschaftsanspruch (§ 2018 BGB)	81
I. Voraussetzungen.....	81
1. Anspruchsberechtigter.....	81
2. Anspruchsgegner.....	81
a) "Etwas aus der Erbschaft erlangt".....	82
b) "Auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts".....	82
II. Inhalt des Herausgabeanspruchs.....	83
1. Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten.....	83
2. Herausgabe der Surrogate.....	83
III. Verhältnis des Gesamtanspruchs aus § 2018 (i.V.m. § 2019 I) BGB zu anderen Ansprüchen.....	85
§ 9 ANSPRÜCHE AUF HERAUSGABE VON NUTZUNGEN	86
A. Allgemeines	86
I. Begriff der Nutzungen (§ 100 BGB).....	86
II. "Herausgabe" von Nutzungen.....	87
1. Sachen als Nutzungen.....	87
2. Andere Nutzungen.....	87
III. Übersicht.....	88
B. Herausgabe von Nutzungen nach Rücktrittsrecht (§§ 346 I, 347 I BGB)	88
I. § 346 I BGB.....	88
II. § 347 I BGB.....	89
III. Besonderheiten beim gesetzlichen Rücktrittsrecht.....	89
C. Nutzungsherausgabe im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 ff. BGB)	90
I. Gutgläubiger, unverklagter Besitzer.....	91
1. Grundsatz des § 993 I, 2.Hs. BGB.....	91
2. Übermaßfrüchte.....	91
3. Deliktischer Besitzer (§ 992 BGB).....	91
4. Unentgeltlicher Besitzer (§ 988 BGB).....	91
a) Gilt § 988 BGB auch für den Fremdbesitzer, der aufgrund eines (vermeintlichen) obligatorischen Besitzrechts besitzt?.....	92
b) Ist § 988 BGB analog auf den rechtsgrundlosen Besitzer anwendbar?.....	92
II. Bösgläubiger oder verklagter Besitzer.....	95
1. § 987 I BGB.....	95
2. § 987 II BGB.....	95
3. Ausnahme des § 991 I BGB.....	95
III. Deliktischer Besitzer (§ 992 BGB).....	96
D. Nutzungsherausgabe aus ungerechtfertigter Bereicherung	97

E. Nutzungsherausgabe im Erbrecht.....	98
I. §§ 2020 ff. BGB	98
1. Gutgläubiger, unverklagter Erbschaftsbesitzer.....	98
2. Verklagter oder bösgläubiger Erbschaftsbesitzer.....	98
3. Deliktischer Erbschaftsbesitzer.....	99
4. Verhältnis zu den Einzelansprüchen	99
II. § 2184 BGB	99
§ 10 PROZESSUALE BESONDERHEITEN	100
A. Erkenntnisverfahren	100
I. Bestimmte Bezeichnung des Herausgabegegenstandes im Klageantrag	100
II. Besondere und ausschließliche Gerichtsstände bei Herausgabeansprüchen	100
B. Zwangsvollstreckungsverfahren	101
I. Herausgabevollstreckung bei beweglichen Sachen.....	101
1. Anwendungsbereich der §§ 883 f. ZPO.....	101
2. Durchführung der Vollstreckung	102
II. Herausgabevollstreckung bei unbeweglichen Sachen.....	104
1. Anwendungsbereich des § 885 ZPO	104
2. Durchführung der Vollstreckung	104
3. Räumungsschutz, Vollstreckungsschutz	106
§ 11 ANHANG: EXAMENSTYPISCHE KLAUSUR.....	107

§ 1 EINLEITUNG

A. Standort der Ansprüche im Gesetz

Herausgabeansprüche finden sich über das gesamte BGB verteilt

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

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

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

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

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

Ein einfaches Beispiel mag das Gesagte illustrieren:

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

1. Dass E einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB hat, liegt auf der Hand.
2. Aber oft werden die weiteren in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen vernachlässigt, so im vorliegenden Fall:
 - a) § 861 I BGB (verbotene Eigenmacht),
 - b) § 1007 I und II BGB (Anspruch des früheren Besitzers),
 - c) § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB (Eingriff in ein Recht zum Besitz¹)
 - d) sowie - jeweils i.V.m. § 249 I BGB - § 823 I BGB (Sachziehung als Eigentumsverletzung), § 823 II i.V.m. § 858 BGB als Schutzgesetz² und § 826 BGB.

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

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

² Str., vgl. unten Rn. 135 ff.

B. Anspruchsinhalt bzw. Gegenstand der Herausgabe

Was bedeutet Herausgabe?

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

2

I. Herausgabe von Sachen

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

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

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

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

II. Herausgabe von sonstigen Gegenständen

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

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

C. Aufbau dieses Skriptums „Herausgabeansprüche“

Aufbau des Skriptums

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

3

Der Aufbau des Skriptums folgt dieser Unterscheidung:

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

D. Kurzübersicht über die verschiedenen Herausgabeansprüche

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

4

Übersicht

I. Vertragliche Herausgabeansprüche

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

II. Vertragsähnliche Herausgabeansprüche

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

III. Sachenrechtliche Herausgabeansprüche

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

IV. Herausgabeansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung

V. Herausgabeansprüche aus unerlaubter Handlung

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

VI. Spezielle Herausgabeansprüche (Vollmachtsurkunden, Schuld- und Erbscheine)

VII. Gesamtansprüche auf Herausgabe von Sondervermögen

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

§ 2 VERTRAGLICHE HERAUSGABEANSPRÜCHE

A. Rückgabepflicht nach Vertragsbeendigung

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

5

I. Überblick

Dies gilt für

- ⇒ Miete, Pacht (§§ 546 I, 581 II BGB)
- ⇒ Leihe (§ 604 I BGB)
- ⇒ Verwahrung (§ 695 BGB)
- ⇒ Auftrag (§ 667 BGB),
- ⇒ Geschäftsbesorgung (§§ 675 I, 667 BGB)
- ⇒ Sonstige Verweisungen auf § 667 BGB: §§ 27 III, 713 BGB
- ⇒ Kommission (§ 384 II HS 2 HGB)
- ⇒ Dienst-/Arbeitsvertrag (Herausgabe der überlassenen Arbeitsmittel aufgrund vertraglicher Nebenpflicht; Rechtsgrundlage also § 611 i.V.m. § 242 BGB bzw. § 667 BGB analog)
- ⇒ Werkvertrag (Herausgabe der bearbeiteten Sache; Rechtsgrundlage §§ 631 I, 633 I BGB - weil die Ablieferung „Verschaffung“; vgl. § 633 I BGB] ein Teil der Herstellung des Werkes ist).
- ⇒ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, OHG, KG (§ 732 BGB, §§ 105 II, 161 II HGB; Herausgabe der Gegenstände, die der ausscheidende Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat) bzw. Anspruch der Gesellschaft auf Herausgabe der Gegenstände, die der Gesellschafter im Auftrag der Gesellschaft erlangt hat, §§ 161 II, 105 III HGB, 713, 667 BGB.

II. Leistungsstörungen

Rückgabepflicht i.d.R. nicht im Synallagma

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

6

Ausnahme: Ablieferungspflicht beim Werkvertrag nach h.M. Hauptpflicht

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

7

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

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

III. Verhältnis zu § 985 BGB

Anspruchskonkurrenz, falls Vermieter/Verleiher = Eigentümer

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

8

Kollision von vertraglichem Herausgabeanspruch und § 985 BGB

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

9

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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