

Name

Straße

Ort

Matrikel Nr.

5. Semester Jura

**Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene
bei Prof. Dr. X
Wintersemester 1999/2000
1. Hausarbeit**

Sachverhalt

Der am 1.9.1997 verstorbene Erblasser E hinterläßt Ehefrau W und den gemeinsamen Sohn S. E besaß ein nicht unbeträchtliches Vermögen. In einem kurz nach seinem Tod aufgefundenen, aus dem Jahre 1970 stammenden Testament bestimmt der E seine Ehefrau zur Alleinerbin.

W, eine Kunstsammlerin, macht sich an die Verwaltung des Nachlasses. Noch im Oktober 1997 verkauft sie die wertvolle Modelleisenbahnsammlung ihres Mannes und beschließt, das Geld, das sie gesondert aufbewahrt, ihrer Passion zu widmen. Eine Bekannte von ihr, die R, die als Angestellte in einer Kunsthandlung arbeitet, ist selbst Sammlerin. Bei einem Besuch entdeckt W in dem Haus der R ein Ölgemälde einer englischen Landschaft, das ihr spontan zusagt. R, die sich in Geldnot befindet, erklärt sich nach anfänglichem Zögern bereit, der W das Bild für den marktgerechten Preis von DM 10.000,- zu verkaufen, um hiermit wenigstens einen Teil ihrer Schulden zu tilgen. Einen Meinungsumschwung der R fürchtend fährt W sofort nach Hause, entnimmt die vereinbarte Summe dem Erlös aus dem Verkauf der Modelleisenbahn, übergibt das Geld der R und nimmt das Bild mit nach Hause. Hierbei ahnt sie jedoch nicht, daß das Gemälde nicht der R gehört, sondern vielmehr ein Teil der Privatsammlung des Arbeitgebers der R, des Kunstsammlers K, ist, der es ihr innerhalb ihrer arbeitvertraglichen Aufgaben für wenige Tage zu Reparaturzwecken mit nach Hause gegeben hatte.

Kurz darauf besucht W die R an ihrem Arbeitsplatz. Dort entdeckt sie eine kleine Skulptur einer indischen Göttin, die ihr Interesse weckt. K hatte diese zur Verschönerung der Verkaufsräume, nicht aber zum Verkauf bestimmt. Er hatte diese Skulptur erst vor kurzem auf einer Vernissage des Galeristen G erworben, der dort einige neue Werke eines bekannten Künstlers zum Verkauf anbot. Um diese Präsentation interessanter zu gestalten, hatte G den Sammler M gebeten, ihm für die Dauer der Ausstellung einige frühe Werke des Künstlers, u.a. auch die Skulptur, zur Verfügung zu stellen. K, ein Anhänger dieses Künstlers, sah die Skulptur und bot spontan einen mit DM 20.000,- deutlich über dem Marktpreis von DM 15.000,- liegenden Preis. G, der über ernsthafte finanzielle Engpässe

III

des M informiert war, akzeptierte das Angebot des K in dem festen Glauben, der M werde mehr als einverstanden sein, ohne allerdings bei M nachzufragen und ohne den K über die Eigentumsverhältnisse aufzuklären. Auf die nachdrückliche Bitte des G hin erklärte sich K bereit, die Skulptur nicht sofort mitzunehmen, sondern sie dem G bis zum Ende der Ausstellung zur Verfügung zu stellen. Als M von dem Verkauf seiner Skulptur erfuhr, war er entsetzt. Geldschwierigkeiten hin oder her, er sei keinesfalls bereit, sich von diesem Stück zu trennen. K, der die Skulptur nach Abschluß der Ausstellung bereits durch R hatte abholen lassen und telefonisch über den Widerspruch des M erst unterrichtet wurde, als R die Skulptur bereits in ihrem Wagen verstaut hatte und abgefahren war, verweigerte bisher standhaft die Herausgabe. R verkauft der ahnungslosen W die Skulptur für DM 15.000,-, um mit dem erhaltenen Geld ihre Schulden weiter zu tilgen, ohne sie über die Vorgeschichte oder die Unverkäuflichkeit aufzuklären. W investiert wiederum einen Teil des Erlöses aus dem Verkauf der Modelleisenbahn und nimmt die Skulptur mit nach Hause.

Zu dem Nachlaß des E gehört auch ein Grundstück direkt neben dem Betrieb des Fabrikanten F. Für dieses Grundstück wird W am 10.10.1997 als Alleineigentümerin eingetragen. Am 1.12.1997 macht W dem F ein notariell beurkundetes, bis zum 30.11.1998 unwiderrufliches Kaufangebot für dieses Grundstück und bewilligt zugunsten des F eine Auflassungsvormerkung, die am 15.1.1998 in das Grundbuch eingetragen wird. Bereits Mitte Dezember 1997 war ein zweites, aus dem Jahre 1993 stammendes Testament des E aufgetaucht. Hierin hatte E festgelegt, daß W lediglich beschränkte Vorerbin des E sein solle und S Nacherbe. Am 30.1.1998 wurde auf Betreiben des S ein Nacherbenvermerk zu seinen Gunsten in das Grundbuch eingetragen. Am 2.6.1998 nimmt F das Angebot der W formell ordnungsgemäß an, obwohl er wenige Tage zuvor über den Inhalt des Testaments des E aus dem Jahre 1993 informiert worden war. Eine Woche später verstirbt er. W läßt daraufhin das Grundstück an die Alleinerbin des F, die T, auf. Diese wird in das Grundbuch eingetragen. T, die in dem Unternehmen ihres Vaters bisher als Produktionsdesignerin arbeitete, hatte bereits vor der Eintragung der Vormerkung von dem neuen Testament und von der Nacherbenposition des S durch Bekannte erfahren, hatte ihren ahnungslosen Vater darüber aber nicht unterrichtet, da sie nichts von dessen Expansionsplänen wußte und von ihm nie in Aufgaben der Geschäftsführung des Unternehmens einbezogen worden war.

IV

Ein anderes, zu dem Nachlaß des E gehörendes Grundstück hatte dieser zusammen mit seinen Schwestern X und Y von einem wohlhabenden Onkel geerbt. Die ungeteilte Erbengemeinschaft ist als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen worden. Am 10.10.1997 wird das Grundbuch dahingehend ergänzt, daß W Alleinerbin des E geworden ist. Vor der Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch am 30.1.1998 bestellt die Erbengemeinschaft einschließlich ihres neuen Mitgliedes W der B-Bank eine Briefhypothek zur Sicherung eines Darlehens, das dem Sohn der X, dem N, zu Bauzwecken gewährt und ausgezahlt worden ist.

Die anfängliche Begeisterung der W über ihre Kunstwerke weicht bald der Ernüchterung. Sie beschließt, ihre beiden Spontanerwerbungen zu veräußern, möchte sie jedoch nur einem wahren Liebhaber überlassen. Daher verkauft und übergibt sie das Bild und die Skulptur im August 1998 an Z zu einem Preis von DM 5.000,- für das Bild und von DM 10.000,- für die Skulptur, ohne diesen jedoch über den nicht unerheblichen Preisnachlaß aufzuklären.

Im Oktober 1998 stirbt W.

Als S nach dem Tod seiner Mutter von deren geschäftlichen Aktivitäten erfährt, ist er empört und sucht anwaltlichen Rat nach. Keinesfalls will er hinnehmen, daß W sein Erbe verschleudert hat, indem sie die Kunstwerke für bloße DM 15.000,- unter Marktwert verkaufte. Z verweigert die Herausgabe. Zwar habe er zum Zeitpunkt des Kaufs bereits gewußt, daß W nur Vorerbin ihres Mannes geworden war, er sei aber davon ausgegangen, daß W bis zu ihrem Tod völlig frei über das Vermögen hätte verfügen können. Außerdem habe er geglaubt, den Marktpreis bezahlt zu haben. Keinesfalls würde er aber die Kunstwerke ohne Rückerstattung des Kaufpreises herausgeben. Auch dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, daß er bereits vor dem Tod der W 500,- für eine gründliche Oberflächenreinigung der Skulptur ausgegeben habe. S möchte wissen, ob er die Herausgabe von Bild und Skulptur verlangen kann. Hinsichtlich des an F verkauften und an T aufgelassenen und eingetragenen Grundstücks interessiert ihn, ob er eine Berichtigung des Grundbuchs verlangen kann. Seine Mutter hätte das Grundstück nicht veräußern dürfen, deshalb sei er mit ihrem Tod Eigentümer geworden. Auch das der

V

Erbengemeinschaft gehörende Grundstück hätte keineswegs zu seinen Lasten mit einer Hypothek belastet werden dürfen. S möchte daher wissen, ob er zusammen mit den anderen Miterben eine Grundbuchberichtigung verlangen kann.

Was wird der Anwalt auf die Fragen des S antworten?

Inhaltsübersicht

A. Anspruch von S gegen Z auf Herausgabe des Gemäldes aus § 985	1
B. Anspruch von S gegen Z auf Herausgabe der Skulptur aus § 985	14
C. Anspruch von S gegen T auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches aus § 894	22
D. Anspruch der Erbengemeinschaft gegen B auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches aus § 894	26
E. Gesamtergebnis	29

Gliederung des Prüfungsganges

A. Anspruch von S gegen Z auf Herausgabe des Gemäldes aus § 985

S Eigentümer ?

I. Urspr. K Eigentümer.

II. W von K gem. §§ 929 S.1 erworben ? –

III. W von R gem. §§ 929 S.1, 930 erworben ? –

IV. W von R gem. § 929 S.1 erworben ?

1. Einigung ? +

2. Übergabe ? + Einigkeit ? +

3. Berechtigung ? -

4. § 932 ?

a) Rechts- und Verkehrsgeschäft getätigt ? +

b) Guter Glaube an das Eigentum des Veräußerers ? +

c) Kein Ausschluß nach § 935 I ?

aa) K unmittelbarer Besitzer ?

(i) § 854 ? –

(ii) § 855 ?

1 (1) Tatsächliche Gewalt für K ausgeübt ? +

(2) Soziales Abhängigkeits- und Weisungsverhältnis ? +

2 (3) Erkennbar ? str.

(a) Rspr.: Erkennbarkeit erforderlich.

3 (b) H.L.: Kein Kriterium.

4 (c) Entscheidung: Rspr.

(4) § 855 –

(iii) K nicht unmittelbarer Besitzer. Abhandenkommen nach § 935 I S.1 –

bb) Abhandenkommen nach § 935 I S.2 ? –

d) Kein Ausschluß nach § 935 I.

5. Eigentum übergegangen, W Eigentümerin.

V. Auf Z nach § 929, 932 übergegangen ?

1. Einigung ? + Übergabe ? +

2. Berechtigung durch § 2113 II S.1 eingeschränkt ?

a) Vorerbin ? +

b) Über Erbschaftsgegenstand verfügt ? Gem. § 2111 ? +

c) Unentgeltlich ?

d) Keine Schenkung gem. § 2113 II S.2 ? +

e) Nacherbfolge eingetreten ? –

3. Nicht gehindert. Z Eigentümer.

VI. Auf S übergegangen nach §§ 2113 II S.1, 2139, 2106 I ?

1. O.g. Voraussetzungen liegen noch vor.

2. Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt ?

a) Grds. +

b) Wegen § 185 II Var. 3 Beeinträchtigung ausgeschlossen ? –

c) Durch Angebot einer Ausgleichszahlung ausgeschlossen ? –

d) Beeinträchtigung +

3. Gutgläubiger Erwerb durch Z gem. § 2113 III ? –

4. Auf S übergegangen.

I. S ist Eigentümer.

VIII

- II. Ist Z Besitzer ? +
- III. Recht zum Besitz gem. § 986 ?
 - 1. Wegen Kaufvertrag Z-W ? –
 - 2. Wegen Zurückbehaltungsrecht ? –
 - 3. Anspruch nicht nach § 986 ausgeschlossen.
- IV. Anspruch von S gegen Z auf Herausgabe des Gemäldes aus § 985 entstanden.
- V. Durchsetzbar ? Wegen Zs ZBR –

B. Anspruch von S gegen Z auf Herausgabe der Skulptur aus § 985

I. S Eigentümer ?

- 1. Urspr. M. Hat K von G gem. §§ 929 S.1, 930, 933 erworben ?
 - a) Einigung ? +
 - b) Übergabe ? zunächst –
 - c) § 930 ?
 - aa) G unmittelbarer Besitzer ? +
 - bb) Besitzmittlungsverhältnis vereinbart ? +
 - cc) § 930 +
 - d) Berechtigung ? –
 - e) § 933 ?
 - aa) Übergabe durch Abholung ?
 - i) G verliert Besitz gänzlich ? +
 - ii) K Besitz erlangt ? +
 - iii) G mit Besitzerwerb bei Abholung einverstanden ? +
 - iv) Übergabe +
 - bb) Einigkeit bei Übergabe ? +
 - cc) Guter Glaube von K ? +
 - dd) Rechtsschein des Besitzes von G ? +
 - ee) Rechts- und Verkehrsgeschäft getätigt ? +
 - ff) Ausschluß nach § 935 I S.1 ? –
 - gg) Ausschluß nach § 935 I S.2 ? –
 - hh) § 933 +
 - f) K hat erworben.
- 2. Hat W von K gem. § 929 S.1 erworben ?
 - a) Einigung K-W ?
 - aa) K hat keine auf Einigung gerichtete WE abgegeben. Aber R.
 - bb) WE K zuzurechnen gem. § 164 I ?
 - WE in Ks Namen ? +
 - Innerhalb der R zustehenden Vertretungsmacht ?
 - Vertretungsmacht fingiert durch § 56 HGB ?
 - i) K Kaufmann ? +
 - ii) R in dem Laden angestellt ? +
 - iii) Abwicklung im Laden ? +
 - iv) Gewöhnlicher Verkauf ? +
 - v) Keine Bösgläubigkeit Ws ? +
 - vi) Vertretungsmacht wird fingiert.
 - K zuzurechnen.
 - cc) Von W angenommen ? +
 - dd) Einigung K-W +
- b) Übergabe ?
 - Veräußerer verliert Besitz gänzlich ? +
 - Erwerber Besitz erlangt ? +
 - Veräußerer Besitzerwerb veranlaßt ? +
- c) Besteht Einigung bei Übergabe fort ? +

IX

- d) Verfügungsbefugnis von K ? +
- e) W ist Eigentümerin geworden.
- 3. Auf Z nach § 929 übergegangen ? +
- 4. Auf S übergegangen nach §§ 2113 II S.1, 2139, 2106 I ? +
- 5. S Eigentümer.
- II. Z Besitzer ? +
- III. Recht zum Besitz gegenüber S gem. § 986 ? –
- IV. Herausgabeanspruch besteht.
- V. Zurückbehaltungsrecht wegen Kaufpreis ? +
- VI. ZBR aus § 273 II wegen Verwendungen ?
 - 1. Verpflichtung zur Herausgabe ? +
 - 2. Fälliger Anspruch auf Zahlung von Verwendungen gem. § 2124 II 2 ?
 - a) Anwendungsbereich ? +
 - b) nicht gewöhnliche Aufwendung ? +
 - c) Durfte Z sie für erforderlich halten ? +
 - d) Fälliger Anspruch ist gegeben.
 - 3. Vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung ? –
 - 4. ZBR besteht.
- VII. Ergebnis

C. Anspruch von S gegen T auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches aus § 894 dahingehend, daß S Eigentümer des Grundstückes ist

- I. Recht an Grundstück ? Eigentum +
- II. Inhalt des Grundbuchs in Ansehung des Rechtes ? T Eigentümerin
- III. Wirkliche Rechtslage in Ansehung des Rechtes ?
 - 1. Urspr. E.
 - 2. Auf W nach § 1922 I, 1937 übergegangen ? +
 - 3. Auf T übergegangen nach §§ 873, 925 ?
 - a) Einigung in Form des § 925 ? + Eintragung ? +
 - b) Verfügungsbefugnis ? +
 - c) Auf T übergegangen.
 - 4. Auf S übergegangen nach §§ 2113 I, 2139, 2106 I ?
 - a) Verfügung über Erbschaftsgegenstand ? +
 - b) Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt ? +
 - c) § 2113 I T gegenüber unwirksam gem. §§ 2113 III, 892 I S.2 ?
 - aa) Verfügungsbeschränkung i.S.d. § 892 I S.2 ? +
 - bb) Kenntnis oder Eintragung der Beschränkung ?
 - Maßgeblicher Zeitpunkt Antrag auf Vormerkung ?
 - i) Vormerkungsfähiger Anspruch ? +
 - ii) Bewilligung und Eintragung ? +
 - iii) Berechtigung Ws ?
 - iv) Vormerkung entstanden. Maßgeblicher Zeitpunkt: 01.12.1997.
 - cc) Kenntnis der Beschränkung ? –
 - dd) Eintragung der Beschränkung ? –
 - ee) § 2113 I unwirksam.
 - d) Eigentum ist nicht auf S übergegangen.
 - 5. Wirkliche Rechtslage: T Eigentümer.
- IV. Abweichung ? – Anspruch besteht nicht.

D. Anspruch der Erbengemeinschaft gegen B auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches aus § 894 dahingehend, daß Bs Hypothek nicht besteht

- I. Recht an Grundstück ? Hypothek +
- II. Inhalt des Grundbuchs in Ansehung des Rechtes ? B Inhaberin
- III. Wirkliche Rechtslage in Ansehung des Rechtes ?
 1. Urspr. unbelastet.
 2. Hat B Hypothek nach §§ 873, 1113, 1115, 1117 erworben ?
 - a) Einigung ? + Bestehen der Forderung ? +
 - b) Eintragung gem. §§ 873, 1115 ? +
 - c) Briefübergabe § 1117 ? + Besteht Einigung bei Eintragung fort ? +
 - d) Verfügungsbefugnis ? +
 - e) B hat Hypothek erworben.
 3. Hypothek erloschen wegen § 2113 I ?
 - a) Zur Erbschaft gehörendes Grundstück ? –
 - b) § 2113 I analog ?
 - aa) h.M.: –
 - bb) m.M.: +
 - cc) Entscheidung: h.M.
 - c) Hypothek nicht erloschen.
 4. Wirkliche Rechtslage: B Inhaberin. Abweichung ? –
- IV. Berichtigungsanspruch besteht nicht.

Literaturverzeichnis

- Baur, Fritz / Stürner, Jürgen** Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Auflage, München 1992
(zitiert: Baur/Stürner)
- Brox, Hans** Erbrecht, 16. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1996
(zitiert: Brox)
- Ensthaler, Jürgen (Hrsg.)** Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., Berlin 1997
(zitiert: *Ensthaler-Bearbeiter*)
- Erman, Walter (Begr.)** Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band (§§ 854-2385), 9. Auflage, Münster 1993
(zitiert: Erman)
- Ernst** Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, 1992
(zitiert: Ernst)
- Jauernig, Othmar (Hrsg.)** Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, München 1997
(zitiert: *Jauernig-Bearbeiter*)
- Larenz, Karl** Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989
(zitiert: Larenz)
- Münchener Kommentar
Rebmann, Kurt (Hrsg.)** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht, §§ 854-1296, 3. Auflage, München 1997, Band 9, Erbrecht, §§ 1922-2385, 3. Auflage, München 1997

(zitiert: MüKo-Bearbeiter)

Palandt, Otto (Begr.)

Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, München 1999

(zitiert: Palandt-Bearbeiter)

Schmidt, Karsten

Handelsrecht, 4. Auflage, München 1994

(zitiert: Schmidt)

Soergel, Hans Theodor

Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5, Sachenrecht (§§ 854-1296),

11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978, Band 9, Erbrecht

(§§ 1922-2385), 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1992

(zitiert: Soergel-Bearbeiter)

Staudinger, Julius von

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Fünftes Buch,

(Begr.)

Erbrecht, §§ 2064-2228, 12. Aufl., Berlin 1996, §§ 2087-2196,

13. Bearb., Berlin 1996

(zitiert: Staudinger-Bearbeiter)

Westermann, Harry

Sachenrecht, Band I, Grundlagen und Recht der beweglichen

(Begr.)

Sachen, 6. Aufl., Heidelberg 1990

(zitiert: Westermann-Bearbeiter)

Wieling, Hans Josef

Sachenrecht, Band 1, Sachen, Besitz und Rechte an

beweglichen Sachen, Berlin 1990

(zitiert: Wieling)

Wolf, Manfred

Sachenrecht, 13. Auflage, München 1996

(zitiert: Wolf)

Gutachten

A. Anspruch von S gegen Z auf Herausgabe des Gemäldes aus § 985

S könnte einen Anspruch gegen Z aus § 985 auf Herausgabe des Gemäldes haben. Dazu müßte er zunächst Eigentümer des Bildes sein. **I.** Ursprünglich war K Eigentümer des Gemäldes. **II.** W könnte das Eigentum von K gem. § 929 S.1 erworben haben. **1.** Dazu müßte eine Einigung zwischen W und K zustande gekommen sein. K hat keine auf Übereignung des Gemäldes gerichtete Willenserklärung abgegeben; er muß sich auch die Erklärungen Rs nicht gem. § 164 I 1 zurechnen lassen, da R zur Übereignung des Gemäldes aus der Ks Privatsammlung nicht bevollmächtigt worden war. Darüber können auch weder Rechtscheinstatbestände noch die §§ 54, 56 oder 366 HGB hinweg helfen. Daher bestand keine Einigung zwischen W und K. **2.** W hat kein Eigentum von K erworben.

III. W könnte das Eigentum von R gem. §§ 929 S.1, 930 erworben haben, als sie sich mit R auf den Verkauf des Bildes einigte. Dazu müßten sich W und R zu diesem Zeitpunkt auf den Eigentumsübergang geeinigt haben. Für eine Einigung über den Eigentumsübergang bereits zur Zeit des Vertragsschlusses finden sich aber keine Anhaltspunkte im Sachverhalt: Da R, die den Kaufpreis zur Tilgung ihrer Schulden verwenden will, diesen noch nicht erhalten hatte, war sie auch mit dem Eigentumsübergang noch nicht einverstanden. Dies zeigt auch die Eile von W, die einen

II

Meinungsumschwung von R bezüglich der Übereignung befürchtete. Mangels Einigung lag ein Eigentumsübergang bei Vertragsschluß lag daher nicht vor.

IV. W könnte das Eigentum aber gem. §§ 929 S.1 von R erworben haben, als R ihr das Gemälde übergab. **1.** Dazu müßten sich W und R auf den Eigentumsübergang geeinigt haben. Nach der Übergabe des Kaufpreises waren beide über den Eigentumsübergang an dem Gemälde einig. Eine wirksame Einigung lag also vor. **2.** Durch die von R veranlaßte Übergabe des Gemäldes erlangte W willentlich die tatsächliche Gewalt darüber und somit auch den unmittelbaren Besitz (§ 854 I). R verlor die tatsächliche Gewalt und hatte in Folge dessen keinen Besitz an dem Bild. Es liegen also alle Voraussetzungen einer wirksamen Übergabe vor. Auch während der Übergabe bestand noch Einigkeit über den Eigentumsübergang.

3. Für einen Eigentumsübergang nach § 929 S.1 müßte R Verfügungsbefugt gewesen sein. Eigentümer K hatte sie zu Verfügungen über das aus seiner Privatsammlung stammende Bild jedoch nicht gem. § 185 I ermächtigt. Schon weil W und R nie “in einem Laden oder in einem offenen Warenlager” über den Gemäldekauf verhandelt haben, kommt auch § 56 HGB nicht in Betracht. R handelte also ohne Verfügungsbefugnis. **4.** Über die fehlende Verfügungsbefugnis könnte § 932 I S.1 hinweg helfen. **a)** Die Voraussetzungen einer Übertragung des Eigentums durch Rechtsgeschäft (§ 929 S.1) liegen – bis auf die Berechtigung

III

– vor. W und R sind auch rechtlich und wirtschaftlich gesehen verschiedene Personen, so daß ein Verkehrsgeschäft vorlag. **b)** W müßte zur Zeit der Übergabe in gutem Glauben darüber gewesen sein, daß das Bild R gehörte. In der Tat kannte W die wirklichen Eigentumsverhältnisse nicht und glaubte, R sei Eigentümerin. Da W weiß, daß R selbst Sammlerin ist, durfte sie auch davon ausgehen, daß Bilder in Rs Privatwohnung ihr gehören. Ihr waren die Eigentumsverhältnisse also auch nicht grob fahrlässig unbekannt, so daß sie bei der Übergabe in gutem Glauben war.

c) Schließlich durfte das Gemälde dem Eigentümer K nicht abhanden gekommen sein (§ 935 I 1). Abhandengekommen im Sinne dieser Vorschrift ist eine Sache, wenn der Eigentümer den unmittelbaren Besitz daran ohne oder gegen seinen Willen verloren hat. **aa)** K, Eigentümer des Gemäldes, müßte also vor dessen unerlaubter Weggabe durch R dessen unmittelbarer Besitzer gewesen sein. **(i)** K war nicht unmittelbarer Besitzer gem. § 854, weil er nach Weggabe des Gemäldes an R nicht in der Lage war, die tatsächliche Gewalt über die Sache unmittelbar auszuüben. **(ii)** Er könnte aber als Besitzherr unmittelbarer Besitzer gem. § 855 gewesen sein. **(1)** R übte willentlich die tatsächliche Gewalt über das Bild für K aus, der ihr das Bild innerhalb ihrer arbeitsvertraglichen Aufgaben mit nach Hause gegeben hatte. **(2)** R könnte die Gewalt “in einem ähnlichen Verhältnis [ausgeübt haben], vermöge dessen [sie] den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des [K] Folge zu

IV

leisten hat". Rs Arbeitsverhältnis mit K ist ein soziales Abhängigkeitsverhältnis, aufgrund dessen sie Ks Weisungen bezüglich des R innerhalb ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten mitgegeben Gemäldes Folge zu leisten hat. R ordnete sich Ks Weisungen diesbezüglich auch tatsächlich unter – jedenfalls bis zur Übergabe des Bildes an W. **(3)** Umstritten ist, ob das soziale Abhängigkeitsverhältnis nach außen erkennbar sein muß. **(a)** In der Tat verlangt die h.M., daß für einen mit den Verhältnissen nicht Vertrauten ersichtlich sein muß, daß zwischen dem Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft und einem Dritten ein soziales Abhängigkeitsverhältnis besteht. Die Publizität sei im Interesse des Rechtsverkehrs zu verlangen. Vorliegend war auch für einen sorgsamem Dritten nicht erkennbar, daß R in Bezug auf das Gemälde in ihrer Wohnung Ks Weisungsbefugnis aus dem Arbeitsverhältnis unterlag. Demnach wäre zur Zeit von Ws Besuch R nicht Besitzdienerin und K nicht unmittelbarer Besitzer gewesen mit der Folge, daß das Gemälde nicht abhanden gekommen wäre. **(b)** Nach anderer Ansicht ist die Erkennbarkeit kein Kriterium für die Besitzdienerschaft. Der Normzweck des § 855, die Rechtsfolgen des Besitzes sollten nicht den sozial Abhängigen sondern nur seinen weisungsbefugten "Vorgesetzten" treffen, treffe auch dann zu, wenn die Besitzdienerschaft etwa aufgrund großer Entfernung nicht nach außen erkennbar ist. Demnach wäre zur Zeit von Ws Besuch R Besitzdienerin und K unmittelbarer Besitzer des Gemäldes gewesen mit der Folge, daß das Gemälde mit der Übergabe an W K abhanden gekommen wäre. **(c)** Der Streit ist zu entscheiden. **(aa)** Zunächst wird auf das Argument der

Vertreter der zuletzt genannten Auffassung eingegangen, der Zweck des § 855 treffe auch auf solche Fälle zu, in denen das Unterordnungsverhältnis nach außen nicht erkennbar ist. Normzweck ist die Verlagerung der Rechtsfolgen des Besitzes weg vom eng weisungsgebundenen und untergeordneten Besitzdiener, der die tatsächliche Sachherrschaft quasi nur als Werkzeug des Besitzherrn ausübt. Fraglich ist, ob dieser Gedanke auch in den hier streitigen Fällen trägt. Man wird sagen können, daß das Weisungsverhältnis für Dritte typischerweise dann nicht erkennbar ist, wenn der Weisungsempfänger außerhalb des Wirkungskreises des Weisungsgebers eingesetzt wird. In diesen Konstellationen kann der Weisungsbefugte aber ohnehin nicht unmittelbar auf den Weisungsgebundenen einwirken; der Normzweck trifft hier also nicht zu. Daher trägt das Argument der Vertreter der zuletzt genannten Auffassung nicht.

(bb) Nicht überzeugen kann auch das Argument dieser Seite, der gute Glaube an den Besitz werde nicht geschützt. Ob der Vertrauen des Rechtsverkehrs durch das Kriterium der Erkennbarkeit geschützt werden soll, ist ja gerade die Streitfrage. **(cc)** Des weiteren wird argumentiert, es sei nicht interessengerecht, wenn in den streitigen Fällen die Rechtsfolgen des Besitzes den Weisungsgebundenen träfen. § 855 begünstigt den Weisungsgeber, indem nur ihm die mit dem Besitz verbundenen Rechte zustehen (z.B. Besitzschutzrechte) und indem er sein Eigentum nicht unfreiwillig verlieren kann (§ 935). Solange das

Weisungsverhältnis für Dritte erkennbar ist, geht dies auch nicht zulasten des Rechtsverkehrs. Ist es aber nicht erkennbar, so wird der Weisungsbefugte weniger schutzbedürftig sein als der Rechtsverkehr, da er überhaupt erst veranlaßt hat, daß unter Umständen mit der Sache verfahren wird, unter denen das Weisungsverhältnis für Dritte nicht erkennbar ist. Er kann kraft seiner Weisungsbefugnis den Weisungsgebundenen innerhalb oder außerhalb seines Einflußkreises tätig werden lassen und sich durch sorgfältige Auswahl schützen. Dazu kommt, daß der Gesetzgeber dem Besitzer das Risiko der Veruntreuung durch den Besitzmittler zugewiesen hat; daher sollte er auch das Risiko der Veruntreuung durch ihm viel näher stehende Hilfspersonen tragen. Aus diesen Risikoverteilungsgedanken heraus erscheint dem Verfasser also die Auffassung der Rechtsprechung vorzugswürdig. – Im übrigen liegt es in Bezug auf die Besitzschutzrechte durchaus im Interesse des Weisungsgebers, wenn der Weisungsgebundene die Besitzschutzrechte wahrnehmen kann, während der Vorgesetzte daran etwa aufgrund der weiten räumlichen Entfernung gehindert ist.

(dd) Auch an dem Streit um die unerlaubte Weggabe durch den Weisungsgebundenen zeigt sich, daß einige Autoren, die zunächst die Erkennbarkeit des Weisungsverhältnisses als Kriterium für die Besitzdienerschaft außer Acht lassen, ein Abhandenkommen der Sache aber dann doch ausschließen wollen, wenn das Weisungsverhältnis aufgrund eines auswärtigen Einsatzes des Weisungsgebundenen nicht erkennbar ist. Diese unsystematische Einschränkung läßt sich

VII

vermeiden, wenn man schon die Besitzdienerschaft nur bei äußerer Erkennbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses annimmt. **(ee)** Teilweise wird im Zusammenhang mit der unerlaubten Weggabe argumentiert, das frühere Abhandenkommen wirke ohnehin gegen alle Nacherwerber, auch wenn es für diese nicht erkennbar ist. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Eigentümer im Normalfall auch keine Gefahr für das Abhandenkommen geschaffen hat, wohl aber der Weisungsberechtigte, der den Weisungsgebundenen außerhalb seines Wirkungskreises einsetzt. (Dies ist dem Eigentümer zuzurechnen, wenn er nicht selbst Weisungsbefugter ist). **(ff)** Es wird also der Auffassung der Rechtsprechung gefolgt. Im vorliegenden Fall war Rs Weisungsbindung in Bezug auf das Gemälde nicht erkennbar, so daß sie K keinen Besitz vermitteln konnte. K war also vor der unerlaubten Weggabe durch R nicht unmittelbarer Besitzer, so daß ihm das Gemälde auch nicht abhanden kommen konnte.

bb) Das Bild kann auch nicht R nach § 935 I S.2 abhanden gekommen sein, schon weil R es freiwillig weggegeben hat.

d) Der gutgläubige Erwerb wird also nicht durch § 935 I gehindert. **5.** W hat somit das Eigentum an dem Gemälde erworben.

V. Das Eigentum könnte im August 1998 auf Z gem. § 929 S.1 übergegangen sein, als W ihm das Gemälde übergab. **1.** Bis auf die Verfügungsberechtigung liegen die Voraussetzungen des § 929 S.1 unproblematisch vor. **2.**

VIII

Fraglich ist, ob Eigentümerin W als Vorerbin durch § 2113 II S.1 in ihrer Verfügungsmacht entgegen dem Grundsatz des § 2112 beschränkt war. **a)** Dazu müßte W zunächst Vorerbin sein, d.h. von E als Vorerbin eingesetzt worden sein (§ 2100). In dem (form-) wirksam errichteten Testament von 1970, einer Verfügung von Todes wegen, wurde W zunächst als Alleinerbin eingesetzt. Diese Verfügung könnte durch das Testament von 1993 gem. §§ 2253, 2258 widerrufen und somit unwirksam geworden sein. **aa)** Das Testament von 1993 ist wirksam zustande gekommen. **bb)** Ein sachlicher Widerspruch beider Verfügungen liegt vor; W kann nicht gleichzeitig Allein- und beschränkte Vorerbin sein. **cc)** Also hat E mit seiner Verfügung von 1993 das Testament von 1970 konkludent widerrufen; es ist insofern unwirksam geworden. Entsprechend dem neuen Testament wurde W also mit Ws Tod (beschränkte) Vorerbin. Unbeachtlich ist, daß Es neues Testament erst später gefunden wurde.

b) W müßte auch über einen Erbschaftsgegenstand verfügt haben. E gehörte das Gemälde nie. Es könnte aber nach § 2111 I S.1 Erbschaftsgegenstand geworden sein. W könnte das Gemälde durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erworben haben. Sie hat das Gemälde durch Kaufvertrag mit R erworben und mit dem Geld aus dem Verkauf der Modelleisenbahnsammlung bezahlt. E gehörte das Geld nie; es könnte aber wiederum nach § 2111 I S.1 Erbschaftsgegenstand geworden sein. Dazu müßte W das Geld durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erworben haben. Sie hat den Betrag durch den Verkauf der

IX

Modelleisenbahnsammlung erworben. Die Modelleisenbahnsammlung war Erbschaftsgegenstand, der Kaufvertrag ist ein Rechtsgeschäft. Der Verkauf ist auch keine Nutzung der Modelleisenbahnsammlung. Daher ist gem. § 2111 I S.1 das daraus erlangte Geld Erbschaftsgegenstand geworden. Die Ausgabe dieses getrennt aufbewahrten Geldes ist ebenfalls keine Nutzung desselben, so daß auch das mit dem Geld erlangte Gemälde gem. § 2111 I S.1 Erbschaftsgegenstand wurde. Die Übereignung des Gemäldes von W an Z wäre auch eine Verfügung über diesen Erbschaftsgegenstand.

c) Die Verfügung könnte “unentgeltlich” vorgenommen worden sein. Die teilweise Unentgeltlichkeit steht dabei der völligen Unentgeltlichkeit gleich. Das Merkmal ist nach h.M. erfüllt, wenn die Gegenleistung der Leistung objektiv nicht gleichwertig ist und der Vorerbe subjektiv die Ungleichwertigkeit kannte oder kennen mußte. Die Gegenleistung von DM 5.000,- war objektiv dem Wert des Gemäldes i.H.v. DM 10.000,- nicht gleichwertig. Sie blieb vielmehr unangemessen (um 33%) hinter dem Verkehrswert zurück und war somit keine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung mehr. W wußte dies auch, so daß ihre Verfügung teilweise unentgeltlich war. – Nach a.A. kommt es bei dem Merkmal “unentgeltlich” nur auf den objektiven Minderwert an; diese Ansicht führt jedoch vorliegend zum gleichen Ergebnis. – Nicht durchdringen kann Z mit dem Einwand, er sei von einer Gleichwertigkeit von Kaufpreis und Marktwert ausgegangen, weil es bei der

Frage der Unentgeltlichkeit auf die subjektive Einschätzung nur des Vorerben ankommt. Hier ist nämlich der Nacherbe schutzwürdiger als der Erwerber. – W hat also (teilweise) “unentgeltlich” gem. § 2113 II S.1 verfügt. **d)** Dadurch hat sie auch keiner sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht Z gegenüber i.S.d. § 2113 II S.2 entsprochen. **e)** Die Nacherbfolge müßte eingetreten sein (§ 2113 II S.1 i.V.m. Abs.1). Mangels anderweitiger Bestimmung durch E trat die Nacherbfolge gem. § 2106 I mit Ws Tod ein. Zum Zeitpunkt der möglichen Übereignung des Gemäldes war die Nacherbfolge noch nicht eingetreten, so daß § 2113 II S.1 nicht griff. **3.** W war also durch die Vorschrift zur Zeit der Übergabe nicht in ihrer Verfügungsmacht beschränkt, so daß Z Eigentümer des Gemäldes gem. § 929 S.1 geworden ist.

VI. Mit dem Tod Ws im Oktober 1998 könnte S Eigentümer des Gemäldes gem. §§ 2113 II S.1, 2139, 2106 I, 1922 I geworden sein. **1.** Die oben unter A V 2 geprüften Voraussetzungen des § 2113 II S.1 lagen noch vor; der Nacherbfall war nun auch eingetreten. **2.** S‘ Nacherbenrecht mußte durch die Übereignung des Gemäldes beeinträchtigt gewesen sein. **a)** Die Beeinträchtigung ist bei § 2113 II S.1 zur Zeit des Nacherbfalles nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, da der Nacherbe kein Recht am einzelnen Nachlaßgegenstand sondern nur an der Erhaltung des Nachlaßwertes hat. Der Kaufpreis von Z ist gem. § 2111 I S.1 Teil der Nacherbschaft S‘ geworden, so daß S‘ Recht an dem Wert noch i.H.v. DM 5.000,-

beeinträchtigt ist. **b)** Eine Beeinträchtigung könnte wegen § 185 II S. 1 Var. 3 ausgeschlossen sein, wenn W von S beerbt wurde und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Der Sachverhalt macht keine Angaben über die Erben von W. Nähme man die gesetzliche Erbfolge an, wäre S gem. § 1924 I Ws Erbe geworden. Fraglich ist, ob S dann auch unbeschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftete. Unbeschränkte Haftung liegt vor, wenn der Erbe eine Inventarfrist fruchtlos verstreichen läßt oder absichtlich ein unrichtiges Inventar errichtet. Ohne nähere Angaben im Sachverhalt kann hiervon nicht ausgegangen werden, so daß S nicht unbeschränkt haftet und § 185 II S. 1 Var. 3 nicht eingreift. **c)** Umstritten ist, ob eine Ausgleichszahlung die Beeinträchtigung des Nacherben beseitigen kann. **aa)** Nach einer Ansicht ist eine Beeinträchtigung des Nacherben dann ausgeschlossen, wenn derjenige, der einen beweglichen Erbschaftsgegenstand aufgrund teilweise unentgeltlicher Verfügung des Vorerben erworben hat, eine Ausgleichszahlung anbietet. Der Nacherbe habe kein Recht an den einzelnen Nachlaßgegenständen, wie die §§ 2112ff zeigten, sondern lediglich ein Recht an der Erhaltung des Nachlaßwertes. Im vorliegenden Fall signalisiert Z keine Bereitschaft zu einer Nachzahlung; er scheint eher zur Rückgabe des Gemäldes bereit. Daher wäre nach dieser Ansicht eine Beeinträchtigung von S' Nacherbenrecht i.S.d. § 2113 II S.1 anzunehmen. **bb)** Nach h.M. ändert das Angebot einer Ausgleichszahlung an der Beeinträchtigung des Nacherben und an der somit eintretenden Unwirksamkeit der Verfügung im Ganzen nichts. Diese Ansicht führt hier zum

XII

gleichen Ergebnis, so daß auf den Streit nicht näher einzugehen ist. **d)** Eine Beeinträchtigung von S' Recht i.S.d. § 2113 II S.1 durch den Bestand der Verfügung liegt also vor.

3. Schließlich dürfte kein gutgläubiger Erwerb des Gemäldes durch Z gem. § 2113 III vorgelegen haben. Z glaubte, W könne als Vorerbin bis zu ihrem Tod völlig frei über den Nachlaß verfügen. Diese Annahme ist richtig, da der Vorerbe gem. § 2112 wirksame Verfügungen vornehmen kann und bis zum Eintritt des Nacherbfalles auch durch § 2113 nicht eingeschränkt ist (s. A V 2 e). Selbst wenn Z geglaubt hat, daß Ws Verfügungen auch nach ihrem Tod wirksam bleiben, – was aus seiner Einlassung nicht eindeutig hervorgeht –, hat er das Bild nicht gutgläubig erworben: Mit der Z bekannten Eigenschaft Ws als Vorerbin ist rechtsnotwendig die Beschränkung des § 2113 II S.1 verbunden; auch der Erblasser kann den Vorerben nicht von dieser Bestimmung befreien (vgl. § 2136). Ein dahin gehender Rechtsirrtum Zs wäre unbeachtlich, da er zumindest grobe Fahrlässigkeit begründete (§ 932 II). Mithin kommt ein gutgläubiger Erwerb des Gemäldes gem. § 2113 III nicht in Betracht. **4.** Ws Verfügung ist mit ihrem Tod also gem. § 2113 II S.1 (absolut) unwirksam geworden; S wurde Eigentümer des Gemäldes gem. §§ 2139, 1922 I.

I. S ist also Eigentümer des Bildes. **II.** Z ist mit der Übergabe durch W auch unmittelbarer Besitzer des Gemäldes gem. § 854 I geworden. **III.** Er könnte aber ein Recht zum Besitz des Gemäldes gegen S gem. § 986 haben. **1.** Als

XIII

solches kommt zunächst der Kaufvertrag zwischen W und Z in Betracht, wenn S als Ws Erbe für deren Nachlaßverbindlichkeiten haftet. Davon kann aber ohne nähere Angaben im Sachverhalt nicht ausgegangen werden, zumal sich Z hierauf nicht beruft. Daher wirkt der Kaufvertrag nur inter partes. Z hat also hieraus kein Recht zum Besitz des Gemäldes gegenüber S. **2.** Nach einer Ansicht kann ein Zurückbehaltungsrecht ein Recht zum Besitz begründen. (Ein Zurückbehaltungsrecht Zs gem. § 273 I analog kommt vorliegend in Betracht, weil S um den Kaufpreis ungerechtfertigt bereichert sein könnte.) Auf diese Ansicht braucht aber nicht näher eingegangen zu werden, da auch ihre Vertreter bei Bestehen eines Zurückbehaltungsrechtes nicht zum Ausschluß des Anspruchs aus § 985 gelangen (sondern zur Herausgabe Zug um Zug). **3.** S' Anspruch aus § 985 ist also nicht wegen § 986 ausgeschlossen. **IV.** Sein Anspruch auf Herausgabe des Gemäldes gegen Z aus § 985 ist somit mit Ws Tod entstanden und besteht noch. **V.** Fraglich ist die Durchsetzbarkeit des Anspruches, da sich Z auf ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Rückerstattung des Kaufpreises beruft. Nach allgemeiner Ansicht kann der Nacherbe die Herausgabe von Gegenständen, die ein Dritter durch teilweise unentgeltliche Verfügung des Vorerben erlangt hat, nur Zug um Zug gegen Rückerstattung der Gegenleistung verlangen (§ 273 I analog). Er sei ungerechtfertigt bereichert, wenn er die Gegenleistung behalten dürfte. Im vorliegenden Fall macht Z diese dilatorische Einrede zurecht geltend, so daß S' Herausgabeanspruch gem. § 985 bis zur Rückerstattung des

Kaufpreises i.H.v. DM 5.000,- nicht durchsetzbar ist.

Andere erfolgversprechende Anspruchsgrundlagen, nach denen S von Z die Herausgabe des Gemäldes verlangen könnte, kommen nicht in Betracht.

B. Anspruch von S gegen Z auf Herausgabe der Skulptur aus § 985

S könnte einen Anspruch gegen Z auf Herausgabe der Skulptur aus § 985 haben. **I.** Dazu müßte er zunächst Eigentümer der Skulptur sein. **1.** Ursprünglich war M Eigentümer der Skulptur. K könnte das Eigentum aber von G gem. §§ 929 S.1, 930 erworben haben, als er während der Präsentation mit G sprach. **a)** Dazu müßten sich K und G zunächst auf den Eigentumsübergang geeinigt haben. Für eine Einigung über den Eigentumsübergang bereits während des Gespräches finden sich folgende Anhaltspunkte: G war in dem festen Glauben, in Ms Interesse zu handeln, als er die Skulptur deutlich über dem Marktpreis verkaufte. Er wollte die sofortige Übergabe nur deshalb nicht vornehmen, weil sonst die Ausstellung beeinträchtigt worden wäre. Gegen einen sofortigen Eigentumsübergang hatte er hingegen nichts. Somit war er sich mit K bereits seit dem Verkaufsgespräch einig, daß der Kauf sofort vollzogen werden sollte, daß mithin das Eigentum sogleich übergehen sollte.

b) Eine Übergabe der Skulptur fand zu diesem Zeitpunkt mangels Aufgabe des Besitzes durch G nicht statt. **c)** Die Übergabe könnte gem. § 930 durch die Vereinbarung

zwischen G und K in Bezug auf die Überlassung ersetzt worden sein. **aa)** Dazu müßte G Besitzer der Sache geblieben sein. G übt willentlich die tatsächliche Gewalt über die Gegenstände in seiner Galerie aus. Mangels eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses zu M war G nicht dessen Besitzdiener. Er war vielmehr unmittelbarer Besitzer der Skulptur (§ 854 I) auch nach der Einigung mit K. **bb)** Es müßte ein Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868 vereinbart worden sein. Da G die Skulptur gemäß der Vereinbarung mit K weiterhin ausstellen durfte, sie also ihrer Bestimmung gemäß gebrauchen durfte, kommt ein Verwahrungsvertrag (§ 688) nicht in Betracht. G hat mit K vielmehr eine Leihe (§ 598) des Gegenstandes für die restliche Zeit der Ausstellung vereinbart, eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung auf Zeit. Die Leihe ist ein den in § 868 genannten Fällen "ähnliches Rechtsverhältnis", welches auch aufgrund der Rückgabeverpflichtung (§ 604) den Entleiher nur auf Zeit zum Besitz berechtigt. Kraft der Leihe wurde K also gem. § 868 mittelbarer Besitzer der Skulptur, so daß die Voraussetzungen des § 930 vorliegen und eine Übergabe nicht erforderlich war.

d) Außerdem ist zu einem Eigentumsübergang gem. §§ 929 S.1, 930 noch die Verfügungsberechtigung des Verfügenden erforderlich. Eigentümer M, der die frühen Werke des Künstlers nur für die Zeit der Ausstellung zur Verfügung stellte, hat G jedoch nicht zu Verfügungen über die Skulptur ermächtigt. **e)** Trotz der fehlenden Verfügungsbefugnis Gs könnte K die Skulptur gem. § 933 erworben haben, als er R

diese abholen ließ. **aa)** Dazu war die Übergabe der Sache i.S.d. § 929 S.1 erforderlich. **i)** Als R mit der Skulptur abgefahren war, hatte G seinen Besitz daran verloren. **ii)** K könnte gem. § 855 Besitz an der Skulptur erlangt haben, indem R die tatsächliche Gewalt über die Skulptur für K im Rahmen eines nach außen erkennbaren sozialen Abhängigkeitsverhältnisses erlangt hat. R ist weisungsgebundene Angestellte von K, die sich dessen Weisungen in Bezug auf die Skulptur auch tatsächlich unterordnete. Das Abhängigkeitsverhältnis war auch nach außen erkennbar, weil R offen als Angestellte von K auftrat und weil man ihr das Mitnehmen der Skulptur im Wert von DM 15.000,- sonst wohl kaum gestattet hätte. R war also Besitzdienerin von K; spätestens mit ihrer Abfahrt hat K somit gem. § 855 Besitz an der Skulptur erlangt. **iii)** Eine Wegnahme genügt als Übergabe i.S.d. § 933 jedoch nur, wenn dies mit (auch vorher erklärter und fortbestehender) Zustimmung des Veräußerers geschieht. Der Streit um das Urteil in BGHZ 67, 207 ist hier irrelevant, weil es ausdrücklich nur die Wegnahme *ohne* Wissen des nichtberechtigten Veräußerers betrifft. G wußte hingegen, daß die Skulptur abgeholt wird; R trat auch nicht heimlich auf. – G könnte in den Vertragsverhandlungen mit K sein Einverständnis mit der späteren Wegnahme erklärt haben. Die Leihe der Skulptur sollte am Ende der Ausstellung enden, und K sollte seine Skulptur erhalten, ohne daß ein weiteres Gespräch mit G vorgesehen war. G erklärte daher bereits in den Vertragsverhandlungen sein Einverständnis damit, daß K den Gegenstand am Ende der Leihe abholte oder abholen ließ.

Der Fortbestand dieser Zustimmung wird (widerlegbar) vermutet. Aus dem Sachverhalt ergibt sich kein Verhalten seitens von G, das auf einen Wegfall dieses Einverständnisses hinweisen könnte; möglicherweise war auch G bis zum Zeitpunkt der Abholung über Ms Widerspruch nicht informiert worden. Daher ist davon auszugehen, daß das Abholen mit Gs Einverständnis geschah. **iv)** Damit lag eine wirksame Übergabe der Skulptur vor, bevor K über die fehlende Verfügungsbefugnis von G unterrichtet wurde.

bb) Auch der Fortbestand der Einigung über den Eigentumsübergang wird vermutet; ein gegenteiliges Verhalten Gs ist wiederum nicht erkennbar. Zur Zeit der Übergabe bestand daher weiterhin Einigkeit über den Eigentumsübergang. **cc)** Zu dieser Zeit war K auch in gutem Glauben hinsichtlich Gs Eigentum und dies auch nicht grob fahrlässig, da Gs Ausstellung grundsätzlich dem Verkauf von Kunstwerken dieses Künstlers diene. Welche Werke lediglich der Steigerung des Interesses dienen sollten, war für K nicht ersichtlich. Es mag fraglich erscheinen, ob K wirklich an Gs Eigentum oder nur an dessen Verfügungsbefugnis glaubte. Die Angabe im Sachverhalt, G habe K nicht über die Eigentumsverhältnisse aufgeklärt, deutet aber darauf hin, daß G gewöhnlicherweise eigene Kunstwerke anbietet, so daß K wohl von Gs Eigentum ausging. Im übrigen griffe andernfalls § 366 HGB ein, dessen über § 933 hinausgehende Voraussetzungen (Kaufmanneigenschaft des Veräußerers und Veräußerung im Betrieb) hier unproblematisch vorlagen. **dd)** G war als unmittelbarer Besitzer auch durch den

XVIII

Rechtsschein des Besitzes ausgewiesen. **ee)** Es lag auch ein Rechts- u. Verkehrsgeschäft vor. **ff)** Der Eigentumserwerb könnte nach § 935 I S.1 ausgeschlossen gewesen sein, wenn die Skulptur M abhanden gekommen war. M übertrug seinen unmittelbaren Besitz aber freiwillig an G, so daß ihm die Skulptur nicht abhanden gekommen war. § 935 I S.1 greift somit nicht ein. **gg)** G war mit der Beendigung seines unmittelbaren Besitzes durch Abholung der Skulptur nach Ausstellungsende einverstanden, so daß auch § 935 I S.2 keine Anwendung findet. **hh)** Die Voraussetzungen von § 933 waren also erfüllt, als R die Skulptur eingeladen hatte. **f)** K hat somit zu diesem Zeitpunkt das Eigentum an der Skulptur gem. §§ 929 S.1, 930, 933 erworben.

2. Das Eigentum könnte später von K auf W gem. §§ 929 S.1 übergegangen sein, als R ihr die Skulptur im Laden übergab.

a) Dazu müßten sich W und K zunächst auf den Eigentumsübergang geeinigt haben. **aa)** K hat keine auf Eigentumsübertragung gerichtete Willenserklärung abgegeben, aber R. **bb)** K könnte sich diese gem. § 164 I S.1 zurechnen lassen müssen. Wenn R als Verkaufsgestellte im Geschäft ihres Vorgesetzten eine zu dessen Geschäftskreis gehörende Veräußerung ohne ausdrückliche Erklärung vornimmt, in eigenem Namen handeln zu wollen, so ergibt sich aus den Umständen (§ 164 I S.2) in genügender Weise, daß R im Namen von K handelte. Die Willenserklärung müßte auch innerhalb von Rs Vertretungsmacht gelegen haben. Der Sachverhalt enthält keine Angaben bezüglich der Frage, ob oder inwieweit R von K bevollmächtigt wurde.

XIX

Daher kann man auch nicht ohne weiteres § 54 HGB anwenden. Auf die Frage, ob Ks Anweisung, die Skulptur sei unverkäuflich, die Vollmacht einschränkt, kommt es dann nicht an, wenn R gem. § 56 HGB als bevollmächtigt zu behandeln ist. **i)** Die Vorschrift kann nur Anwendung finden, wenn K Kaufmann ist. Seine Kunsthandlung ist ein Gewerbebetrieb. Es spricht nichts für die Annahme, daß der Betrieb einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb nicht erfordert. K betreibt daher ein Handelsgewerbe gem. § 1 II HGB und ist Kaufmann gem. Abs. 1 dieser Vorschrift. **ii)** R ist auch in dem Laden von K angestellt. **iii)** Sie hat auch die gesamten Verkaufsverhandlungen mit W in dem Laden abgewickelt. **iv)** Der Verkauf einer Skulptur ist in einem derartigen Laden, also in einer Kunsthandlung, auch nicht ungewöhnlich. **v)** W hatte keinen Einblick in die interne Bestimmung einzelner Ausstellungsgegenstände; auch eine Nachforschungspflicht trifft sie diesbezüglich nicht. Sie muß sich nicht vorwerfen lassen, sie habe Rs fehlende Vertretungsmacht gekannt oder kennen müssen (§ 54 III HGB analog). **vi)** Somit sind alle Voraussetzungen des § 56 HGB gegeben. R gilt demnach als bevollmächtigt, die Skulptur zu verkaufen und als ermächtigt, sie zu übereignen. Im Verhältnis zu W kann Ks Anweisung in Bezug auf die Skulptur daher keine Wirkung entfalten. Alle Voraussetzungen des § 164 I S.1 liegen damit vor; Rs auf Übereignung der Skulptur gerichtete Willenserklärung wirkt also für und gegen K. Sie ging W auch zu. **cc)** Auch W wollte den Eigentumsübergang; ihre darauf gerichtete Willenserklärung ging R zu, was sich K gem. § 164 III i.V.m.

Abs.1 S.1 zurechnen lassen muß. **dd)** Eine Einigung zwischen W und K ist also mit der Übergabe des Kaufpreises zustande gekommen.

b) Die Skulptur müßte an W wirksam übergeben worden sein. Mit der Aushändigung der Skulptur ging die tatsächliche Gewalt darüber auf W über. W wollte die Gewalt über den Gegenstand auch ausüben, so daß sie unmittelbaren Besitz begründete (§ 854 I). R verlor die tatsächliche Gewalt über den Gegenstand und somit auch K seinen Besitz gem. § 855. Die Übergabe geschah zwar auf Veranlassung von R und nicht von K, was aber wegen § 56 HGB nicht schadet (s. B I 2 a bb). Mithin wurde die Skulptur wirksam W übergeben. **c)** Während der Übergabe bestand Einigkeit über den Eigentumsübergang. **d)** K ist als Eigentümer zu Verfügungen über seine Skulptur auch befugt. **e)** W hat folglich die Skulptur gem. § 929 S.1 erworben.

3. Der Übergang des Eigentums von W auf Z im August 1998 nach § 929 S.1 ist fraglos erfolgt (vgl. A V). **4.** Entsprechend dem oben bezüglich des Gemäldes Gesagten ist mit Ws Tod das Eigentum auch an der Skulptur auf S gem. den §§ 2113 II S.1, 2139, 2106 I, 1922 I übergegangen. **II.** Z ist unmittelbarer Besitzer der Skulptur (§ 854 I). **III.** Z hat kein Recht zum Besitz der Skulptur gegenüber S aus § 986 (vgl. A III). **IV.** S' Anspruch auf Herausgabe der Skulptur gegen Z aus § 985 ist somit mit Ws Tod entstanden und besteht noch. **V.** Auch dieser Anspruch aus § 985 ist nicht durchsetzbar, weil sich Z auf sein auch in Bezug auf die Skulptur

bestehendes Zurückbehaltungsrecht (vgl. A V) bis zur Rückerstattung der DM 10.000,- berufen hat.

VI. Z könnte ein weiteres Zurückbehaltungsrecht aus § 273 II zustehen. **1.** Z ist zur Herausgabe der Skulptur verpflichtet. **2.** Z könnte einen fälligen Anspruch gegen S auf Zahlung der Verwendungen auf die Skulptur i.H.v. DM 500,- aus § 2124 II S.2 haben. **a)** Nach dem Wortlaut der Vorschrift wird nur der Vorerbe begünstigt. Nach allgemeiner Ansicht finden die §§ 2124-2126 jedoch auch auf Verwendungen und Nutzungen Anwendung, die der Erwerber kraft teilweise unentgeltlicher Verfügung des Vorerben vor Eintritt des Nacherbfalles hat. Erst mit dem Eintritt des Nacherbfalles und der Unwirksamkeit der Verfügung nämlich könne ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis i.S.d. §§ 987ff entstehen. Da Z die Reinigung der Skulptur vor Ws Tod hat vornehmen lassen, kann § 2124 grundsätzlich auf Z Anwendung finden. **b)** Des weiteren müßte es sich bei der Oberflächenreinigung um eine "andere", d.h. nicht gewöhnliche Aufwendung handeln. Die besonders gründliche Oberflächenreinigung zählt nicht zu den laufenden, immer wiederkehrenden Instandhaltungsmaßnahmen der Skulptur und ist somit keine gewöhnliche Aufwendung. **c)** Fraglich ist, ob Z die Reinigung zum Zwecke der Erhaltung der Skulptur den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Daß Z die Maßnahme für erforderlich hielt, ist anzunehmen, da er Eigentümer war und als Liebhaber an der Erhaltung der Skulptur interessiert war. Ob Z die Reinigung für erforderlich halten *durfte*, richtet sich nach seinem gutgläubig und

sorgfältig ausgeübten Ermessen. Der Verfasser ist kein Kunstexperte, meint aber als Laie, daß eine gründliche Oberflächenreinigung durchaus der Erhaltung der Skulptur diene. Durch Schmutz u.ä. wird die Substanz besonders von älteren Kunstgegenständen angegriffen. Durch die wiederkehrenden Transporte der Skulptur kann eine solche Verschmutzung auch vorgelegen haben. Der Verfasser ist daher der Ansicht, daß Z, der als Liebhaber besonderen Wert auf den Zustand "seiner" Skulptur legte, auch eine gründliche Oberflächenreinigung für erforderlich halten durfte. Z handelte als vermeintlicher Eigentümer auch gutgläubig. **d)** Daher ist ihm S gem. § 2124 II S.2 zum Ersatz der DM 500,- zuzüglich Zinsen ab Fälligkeit (§ 256) verpflichtet. Der Anspruch ist mit Ws Tod fällig geworden.

3. Z hatte die Skulptur auch durch Übergabe und nicht durch vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt. **4.** Ihm steht daher ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 II zu; er kann die Herausgabe der Skulptur bis zur Erstattung seiner Verwendungen verweigern. In der Aussage Zs, er verweigere die Herausgabe, und seine Verwendung dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, ist auch eine Geltendmachung dieses Zurückbehaltungsrechtes zu sehen. **VII.** Zusammenfassend hat S also einen Anspruch auf Herausgabe der Skulptur gegen Z aus § 985, der aber bis zur Erstattung des Kaufpreises und der Verwendungen an Z nicht durchsetzbar ist.

C. Anspruch von S gegen T auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches aus § 894

S könnte einen Anspruch gegen T auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches aus § 894 haben. Der Inhalt des Grundbuchs in Bezug auf das Eigentum an dem Grundstück könnte mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang stehen. **I.** Das Eigentum ist ein Recht an dem Grundstück i.S.d. § 894. **II.** Der Inhalt des Grundbuches bezüglich des Eigentums an dem Grundstück weist T als Eigentümerin aus. **III.** Schließlich müßte dies von der wirklichen Rechtslage abweichen, d.h. das Eigentum müßte einer anderen Person zustehen. **1.** Ursprünglich war E Eigentümer des Grundstückes. **2.** Das Eigentum ist mit seinem Tod gem. §§ 1922 I, 1937 auf seine Erbin W übergegangen. **3.** Später könnte T das Eigentum gem. §§ 873 I, 925 I erworben haben. **a)** W hat das Grundstück an T wirksam aufgelassen, T wurde auch als Eigentümerin eingetragen, §§ 873 I, 925 I. **b)** W war als Eigentümerin zur Zeit der Eintragung zu Verfügungen über das Grundstück auch gem. § 2112 berechtigt; § 2113 I kann erst "im Falle des Eintritts der Nacherbfolge" Anwendung finden. **c)** T ist also mit ihrer Eintragung in das Grundbuch Eigentümerin des Grundstückes geworden.

4. Mit Ws Tod, gem. § 2106 dem Eintritt des Nacherbfalles, könnte die Übereignung aber gem. § 2113 I unwirksam geworden und das Eigentum wegen den §§ 2139, 1922 I an S

übergegangen sein. **a)** W hatte als Vorerbin über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück verfügt. **b)** Es müßte eine Vereitelung oder Beeinträchtigung von S' Recht an dem Grundstück vorliegen. Ist der Vorerbe nicht von der Vorschrift des § 2113 I befreit, so hat der Nacherbe ein Recht an den unbeweglichen Erbschaftsgegenständen selbst, nicht nur an ihrem Wert. Dieses Recht S' würde auch vereitelt, wenn Ws Verfügung wirksam bliebe. **c)** § 2113 I könnte aber gem. §§ 2113 III, 892 I S.2 T gegenüber unwirksam sein. **aa)** Eigentümerin W war im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. Sie war als Vorerbin auch wegen § 2113 I in der Verfügung über ihr Eigentum an dem Grundstück zugunsten S beschränkt i.S.d. § 892 I S.2. **bb)** Die Beschränkung des § 2113 I wäre T gegenüber unwirksam, wenn die Beschränkung aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem T bekannt war. Fraglich ist zunächst der für beides maßgebliche Zeitpunkt. Maßgeblicher Zeitpunkt für den redlichen Erwerb war grundsätzlich der Zugang des Antrags auf Eintragung Ts als Eigentümerin, weil zum Eigentumsübergang gem. § 873 I, 925 I nur noch die Eintragung erforderlich war (§ 892 II). Abweichend davon könnte aber der Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung entscheidend gewesen sein, wenn diese später tatsächlich wirksam entstand.

i) Die Entstehung der Vormerkung setzte zunächst das Bestehen eines zu sichernden Anspruches i.S.d. § 883 I voraus. F könnte aufgrund des bindenden Verkaufsangebots von W einen künftigen Anspruch auf Übereignung des

Grundstückes gehabt haben. Vormerkungsfähig sind künftige Ansprüche dann, wenn ihre Entstehung nicht mehr vom Willen des künftige Schuldners abhängig ist. W hatte F ein für ein Jahr bindendes Verkaufsangebot gemacht, welches auch formwirksam gem. § 313 S.1 war. Dieses Angebot war für W bindend, so daß F eine feste, vormerkungsfähige Rechtsposition zukam. Daß die Bindung befristet war, schadet nicht, weil der Fristablauf von Ws Willen nicht beeinflussbar war. **ii)** Die Vormerkung ist auch von W bewilligt (§ 885 I S.1) und vom Grundbuchamt in das Grundbuch eingetragen worden. **iii)** W war im Zeitpunkt der Antrags auf Eintragung der Vormerkung auch verfügungsberechtigte Eigentümerin des Grundstücks. Die Anwendung von § 2113 I kommt (auch analog) schon deswegen nicht in Betracht, weil der Nacherbenfall erst viel später, nämlich nach Eintragung Ts als Eigentümerin, eingetreten ist. **iv)** Die Vormerkung zugunsten Fs ist also entstanden gem. §§ 883 I, 885 I S.1. Mit Fs Tod trat T als dessen Alleinerbin in seine Rechtsstellung ein (§ 1922 I) und erwarb so Fs Anspruch auf Übereignung aus dem Kaufvertrag mit W sowie die Vormerkung. Für den gem. §§ 2113 III, 892 I S.2 erforderlichen guten Glauben ist daher der Zeitpunkt des Zugangs des Antrags auf Eintragung der Vormerkung entscheidend. Wann der Antrag zugeht, ist dem Sachverhalt nicht eindeutig zu entnehmen. Es ist aber mangels entgegenstehender Hinweise anzunehmen, daß der Antrag gleichzeitig mit der Bewilligung der Vormerkung durch W am 01.12.97 dem Grundbuchamt zugeht, in jedem Fall aber vor Auffindung des Testaments von 1993 Mitte Dezember.

cc) Da zu diesem Zeitpunkt Es Testament von 1993 noch nicht aufgetaucht war, müssen sowohl T als auch ihr Vater F in gutem Glauben hinsichtlich der Tatsache gewesen sein, daß W Alleinerbin und nicht beschränkte Vorerbin war. Es kommt daher nicht darauf an, ob Ts oder Fs guter Glaube maßgeblich war. **dd)** Am 01.12.97 war auch noch kein Nacherbenvermerk im Grundbuch eingetragen. **ee)** Daher war die Beschränkung des § 2113 I T gegenüber unwirksam (§§ 2113 III, 892 I S.2). **d)** Somit ist auch die Übereignung des Grundstücks an T nicht gem. § 2113 I unwirksam geworden. **5.** T ist also auch materiellrechtlich Eigentümerin des Grundstückes. **IV.** Die materiellrechtliche Eigentumslage deckt sich mit der Eintragung Ts als Eigentümerin. Die Voraussetzungen des § 894 liegen somit nicht vor, und S hat keinen Anspruch gegen T nach dieser Vorschrift.

D. Anspruch der Erbengemeinschaft gegen B auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches aus § 894

Die Erbengemeinschaft könnte einen Anspruch gegen B auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches aus § 894 haben. **I.** Die Hypothek ist ein dingliches Recht an dem Grundstück i.S.d. § 894. **II.** Der Inhalt des Grundbuches bezüglich der Hypothek an dem Grundstück weist B als Inhaberin aus. **III.** Dies müßte im Widerspruch zur wirklichen Rechtslage stehen. **1.** Ursprünglich stand das Grundstück unbelastet im Eigentum der Erbengemeinschaft von E, X und Y. Mit Es Tod ist W gem. § 1922 I an seiner

Stelle Mitglied der Gemeinschaft geworden. **2.** B könnte eine Hypothek an dem Grundstück gem. §§ 873, 1113, 1115, 1117 erworben haben. **a)** B hat sich mit der Erbengemeinschaft darauf geeinigt, daß das Grundstück für eine bestimmte Geldforderung, nämlich die der Bank gegen N aus § 607 I, haften soll, §§ 873, 1113. Da das Darlehen bereits valuiert worden war, bestand Bs Forderung gegen N im Zeitpunkt der Einigung auch. **b)** Die Hypothek wurde auch gem. § 1115 eingetragen. **c)** Hinsichtlich der Übergabe des Hypothekenbriefes und des Fortbestehens der Einigung im Zeitpunkt der Eintragung gibt der Sachverhalt zu Bedenken keinen Anlaß. **d)** Die Eigentümerin, die Erbengemeinschaft, müßte aber zu der Belastung auch befugt gewesen sein. Diese Verfügung konnte nicht nach § 2038 I S.2 Hs.2 erfolgen, da sie nicht dem Erhalt des Grundstückes diene. Nach § 2040 I war vielmehr eine gemeinschaftliche Verfügung der Erben erforderlich. Dies ist an sich auch geschehen. Die Zustimmung Ws zu der Belastung könnte aber wegen § 2113 I unwirksam gewesen sein. Da diese Beschränkung jedoch überhaupt erst im Fall des Eintritts der Nacherbfolge Wirkung entfalten kann, besteht an der Berechtigung Ws bis zum entscheidenden Zeitpunkt der Eintragung kein Zweifel. Die Erbengemeinschaft war also verfügungsbefugt. **e)** B hat die Hypothek mit der Eintragung erworben.

3. Die Hypothek könnte aber mit Ws Tod wegen § 2113 I unwirksam geworden sein. **a)** Fraglich ist, ob es sich um ein “zur Erbschaft gehörendes Grundstück” handelte. Zur Erbschaft Ws gehörte zunächst einmal der Anteil an dem

XXVIII

Nachlaß des wohlhabenden Onkels, den E an W vererbte. Es handelte sich dabei um einen Anteil an einer Erbengemeinschaft, welche eine Gesamthandsgemeinschaft ist. In einer solchen Gemeinschaft hat nach allgemeiner Ansicht kein Mitglied unmittelbare Rechte an einzelnen Vermögensgegenständen. Daher gehört auch im vorliegenden Fall das Grundstück nicht zur Erbschaft von E. **b)** Die Frage, ob § 2113 I analog auf ein Grundstück anwendbar ist, welches Bestandteil eines Gesamthandsvermögens ist, ist umstritten. **aa)** Die h.M. verneint dies mit dem Argument, daß andernfalls auch die nicht nacherbschaftsbelasteten Mitglieder der Gemeinschaft auf die Zustimmung des Nacherben angewiesen wären. Dies entspreche nicht dem Sinn der Vorschrift, die nur das Recht des Nacherben im Verhältnis zum Vorerben sichern wolle, nicht aber in bestehende Rechte Dritter eingreifen wolle. Demnach käme im vorliegenden Fall § 2113 I auch analog nicht zur Anwendung, und B bliebe Inhaberin der Hypothek an dem Grundstück. **bb)** Nach anderer Auffassung ist § 2113 (analog) anwendbar. Die Rechtslage sei mit dem Fall vergleichbar, in dem der ursprüngliche Erblasser einen Miterben nur als beschränkten Vorerben einsetzt. Auch dies führe zu einer Verfügungsbeschränkung der an sich unbelasteten Miterben. Nach dieser Ansicht wäre, da auch die übrigen Voraussetzungen des § 2113 I vorliegen, Bs Hypothek mit Ws Tod unwirksam geworden. **cc)** Der zu verschiedenen Ergebnissen führende Streit ist zu entscheiden. Der Argumentation der zuletzt genannten Auffassung kann nicht gefolgt werden: Setzt der ursprüngliche Erblasser einen

Miterben nur als beschränkten Vorerben ein, so stammt die Anordnung vom Erblasser selbst; der ursprüngliche Erblasser weiß also um die Beschränkung, die er allen Miterben auferlegt. In Fällen wie dem vorliegenden würde jedoch der Miterbenerblasser durch die Einsetzung eines Nacherben – entgegen dem Willen des ursprünglichen Erblassers – die anderen Miterben den Beschränkungen des § 2113 unterwerfen. Dieser Eingriff in die Privatautonomie des ursprünglichen Erblassers wäre nicht zu rechtfertigen. Hier ist der Nacherbe weniger schutzbedürftig als die (an sich) unbelasteten Miterben. Daher ist der erstgenannten Auffassung zu folgen mit dem Ergebnis, daß § 2113 I keine analoge Anwendung findet und Bs Hypothek nicht unwirksam wird.

4. Die Eintragung der Hypothek zugunsten B im Grundbuch entspricht somit der wirklichen Rechtslage, so daß die Erbengemeinschaft keine Berichtigung gem. § 894 verlangen kann.

E. Gesamtergebnis

Der Anwalt wird S erklären, daß er das Gemälde und die Skulptur von Z heraus verlangen kann, aber nur Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises und der Reinigungskosten an Z. S könnte stattdessen auch versuchen, Z zur Nachzahlung zu bewegen. – Von T kann S keine Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches verlangen, weil er nicht Eigentümer des Grundstückes ist. Ebenso wenig kann S mit den “anderen” Miterben zusammen eine Berichtigung des Grundbuches bezüglich des hypothekenbelasteten Grundstückes von B verlangen.

Anhang

Die Auflagen in den Bearbeitungshinweisen wurden eingehalten. In dem Gutachten wurde der Wortlaut des Gesetzes in der Regel nicht wiederholt, auch wenn sich dabei um zu prüfende Tatbestandsvoraussetzungen handelte. Auf letztlich unproblematische Tatbestandsmerkmale wurde teilweise – zulasten des klassischen Gutachtenstils – nur in gebotener Kürze eingegangen. Die Fallfrage “Was wird der Anwalt auf die Fragen des S antworten ?” wurde dahingehend verstanden, daß nur auf die tatsächlich von S gestellten Fragen eingegangen werden soll. Ein guter Anwalt würde S natürlich von sich aus umfassender beraten.

Hiermit versichere ich, diese Hausarbeit selbständig angefertigt und keine anderen Quellen und Hilfsmittel als die angegebenen benutzt zu haben.

Korrekturbemerkungen:

“Trotz der [...] Schwächen und Ihrer erheblichen Schwierigkeit, bei der Bearbeitung überzeugende Schwerpunkte zu setzen, erscheint es gerechtfertigt, Ihre Arbeit mit insgesamt 7 Punkten zu bewerten.”

Bemängelt wird vor allem, die Besitzdienerschaft setze Erkennbarkeit nur im Zeitpunkt der Übergabe voraus, auf die Anwendung des § 273 I sei nicht genügend eingegangen worden, es sei nicht erörtert worden, ob die Vormerkung Erwerbsschutz oder lediglich Verfügungsschutz bewirke, und das Problem der Wissenszurechnung sei nicht erkannt worden.