

# UNIVERSITÄT DES SAARLANDES

## Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,  
Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung,  
Institut für Europäisches Recht

**Professor Dr. Dr. Dr.h.c.mult. Michael Martinek**



Dr.iur. (FU Berlin)  
Dr.rer.publ. (Speyer)  
Dr.iur.h.c. (Zhongnan Univ. Wuhan)  
Dr.h.c. (Lille 2 – Droit et Santé)  
Dr.h.c. (Univ. Craiova)  
Master of Comp. Jurispr. (New York Univ.)  
Hon.-Prof. of Law (Univ. of Johannesburg)

## Examensklausurenkurs im Privatrecht SS 2011

**Klausur vom 2. Juli 2011**

**„Knabe Eugen mit Krawattennadel“**

### Lösungshinweise

I. Zunächst kann N an einem Anspruch auf Herausgabe der goldenen Krawattennadel gegen B gelegen sein.

1. Ein Herausgabeanspruch des N gegen B als „Dritten“ aus § 604 Abs. 4 setzt voraus, dass zwischen N und E ein wirksamer Leihvertrag über die goldene Krawattennadel zustande gekommen ist. Der Wirksamkeit der Willenserklärung des mit 16 Jahren nur beschränkt geschäftsfähigen E (§ 106) stehen die §§ 107, 108 Abs. 1 entgegen, wenn dessen Erklärung nicht als lediglich rechtlich vorteilhaft qualifiziert werden kann. Zwar ist der Leihvertrag für E unentgeltlich, § 598. Aus einem wirksamen Leihvertrag entstünden für E aber die Verpflichtungen zur Tragung der Erhaltungskosten nach § 601 Abs. 1, zum vertragsgemäßen Gebrauch nach § 603 S. 1, sowie zur Rückgabe nach Zeitablauf nach § 604 Abs. 1. Da somit der Abschluss eines Leihvertrages für E auch rechtliche Nachteile zur Folge hat, konnte er ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter, der Eltern (§§ 1629, 1626), keinen wirksamen Leihvertrag mit N abschließen. Abgesehen hiervon muss ein Herausgabeanspruch aus § 604 Abs. 4 auch deshalb scheitern, weil E dem B die Goldnadel nicht „unterverliehen“ und nicht nur zum Gebrauch unter lediglich vorübergehender Einräumung von Fremdbesitz überlassen, sondern sie ihm im Rahmen eines Tauschvertrags zu dauerhaftem Eigenbesitz übertragen wollte.

2. N kann aber die Herausgabe der Goldnadel von B nach § 985 verlangen, wenn N Eigentümer und B Besitzer ohne Recht zum Besitz ist.

a) Ursprünglich war N Eigentümer der Goldnadel. Er hat das Eigentum auch nicht durch Übereignung an E nach § 929 S. 1 verloren. N hat mit E nur einen (unwirksamen) Leihvertrag vereinbart. Die Leihe verpflichtet nur zur Gebrauchsüberlassung und nicht zur Übereignung, weshalb in Vollzug der Leihe auch keine Übereignung der Goldnadel stattgefunden hat.

b) Wohl aber kann N sein Eigentum durch eine Übereignung von E an B gemäß § 929 S. 1 verloren haben. Als E und B die Krawattennadeln tauschten, haben sie sich neben dem schuldrechtlichen Tauschvertrag auch über den Übergang des Eigentums geeinigt. Fraglich ist jedoch, ob die Einigung im Licht der §§ 107, 108 Abs. 1 wirksam ist, der dingliche Vertrag also für E lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Der Übereignungsvertrag bringt für E keine unmittelbaren nachteiligen Rechtsfolgen mit sich, da er nicht Eigentümer der Goldnadel ist und daher auch kein Eigentum verlieren kann. Der Verlust seines Besitzes an B nach § 854 Abs. 2 ist nicht Folge der Einigung, sondern Auswirkung der sich gleichzeitig vollziehenden Übergabe. Allerdings könnte die Einigung mittelbare nachteilige Rechtsfolgen für E haben. Erwirbt nämlich B tatsächlich das Eigentum an der Goldnadel, ist E möglicherweise Ansprüchen des N nach §§ 816 Abs. 1 S. 1 und 823 Abs. 1, 828 Abs. 2 ausgesetzt. Diese nur mittelbaren nachteiligen Rechtsfolgen wird man jedoch als unbeachtlich ansehen müssen; man trüge in die Übereignungsgeschäfte eine verkehrsfeindliche Rechtsunsicherheit hinein, wollte man zur Bestimmung des rechtlich nachteilhaften Geschäfts auch mittelbare Rechtsfolgen heranziehen, die sich schwer vorhersagen und überschauen lassen, zumal nahezu jedes Geschäft mittelbar zu irgendwelchen rechtlichen Nachteilen führen kann. Vielmehr ist das Geschäft für E als rechtlich neutral anzusehen. Vom Wortlaut des § 107 her könnte man zwar annehmen, dass auch solche Geschäfte zustimmungsbedürftig seien. Indes ergibt sich das Gegenteil aus Sinn und Zweck dieser Regelung, die den Minderjährigen lediglich vor nachteiligen Folgen seines rechtlichen Handelns schützen will. Dies wird durch § 165 bestätigt, wonach ein beschränkt Geschäftsfähiger als Stellvertreter eine wirksame Willenserklärung für einen Dritten abgeben kann. Entgegen dem Wortlaut des § 107 BGB sind rechtlich neutrale Geschäfte mithin auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksam. Damit konnte E die Willenserklärung zustimmungsfrei abgeben, so dass ein wirksamer Übereignungsvertrag vorliegt. E hat B die Goldnadel auch übergeben.

c) E besaß jedoch keine Verfügungsbefugnis über die Goldnadel. Diese stand allein N als Eigentümer zu. E war auch nicht nach § 185 Abs. 1 von N zur Verfügung ermächtigt. Damit wäre die Übereignung nach § 929 S. 1 unwirksam. E's fehlende Verfügungsbefugnis könnte jedoch durch einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten gemäß § 932 Abs. 1 S. 1 überwunden worden sein. Voraussetzung hierfür ist B's Gutgläubigkeit hinsichtlich der Eigentümerposition von E. Diese Gutgläubigkeit würde fehlen, wenn B gewusst hätte oder ihm in Folge grober Fahrlässigkeit verborgen geblieben wäre, dass E Eigentümer der Goldnadel ist, § 932 Abs. 2. Dies ist aber nicht der Fall, vielmehr sprach der Rechtsschein des Besitzes für das Eigentum des E (§ 1006 Abs. 1 S. 1); ein gutgläubiger Erwerb des B erscheint auf den ersten Blick unzweifelhaft.

d) Bei näherer Betrachtung kommen jedoch durchaus Zweifel auf: Hätte nämlich das gutgläubige Vorstellungsbild des B den Tatsachen entsprochen, hätte er kein Eigentum erwerben können. Denn bei einer Eigentümerstellung des B wäre der Übereignungsvertrag wegen §§ 107, 108 Abs. 1 (zunächst: schwebend) unwirksam gewesen, weil der Verlust des Eigentums für E einen unmittelbaren rechtlichen Nachteil bedeutet hätte. Dies legt den Gedanken nahe, den Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs nur so weit reichen zu lassen, wie dies mit dem Minderjährigenschutz vereinbar ist, mithin die §§ 929 S. 1, 932 durch die §§ 107, 108 Abs. 1 teleologisch zu reduzieren. Gewiss, im Sinne eines reibungslosen Geschäftsverkehrs soll sich ein gutgläubiger, auf den Rechtsschein des Besitzes vertrauender Erwerber darauf verlassen können, dass er Eigentum erwirbt, wenn er seine Gegenleistung opfert. Der Schutz des guten Glaubens, bei dem im Ergebnis ein materiell Berechtigter aus seiner Eigentümerposition verdrängt und „enteignet“ wird, kann den Gutgläubigen aber nicht besser stellen, als er stünde, wenn sein Vorstellungsbild der Wirklichkeit entsprochen hätte. Andernfalls würde der Verkehrsschutz unangemessen weit ausgedehnt und zu dem kaum einsehbaren Ergebnis führen, dass der Gutgläubige (hier: B) nur deshalb Eigentum erwerben könnte, weil der Veräußerer (hier: E) nichtberechtigter Minderjähriger ist, während ein Erwerb des Gutgläubigen im Falle einer Eigentümerstellung des Veräußerers an §§ 107, 108 Abs. 1 gescheitert wäre.

e) B hat also nicht gutgläubig Eigentum an der Goldnadel erworben. N ist damit nach wie vor Eigentümer. B ist auch gegenüber dem Anspruchsteller N rechtsgrundloser Besitzer der Goldnadel, denn er hat weder ein eigenes noch ein von E abgeleitetes Besitzrecht, § 986 BGB. B steht gegenüber dem Vindikationsanspruch des N aus § 985 auch kein Zurückbehaltungsrecht an der goldenen Krawattennadel nach § 273 Abs. 1 etwa deshalb zu, weil er ja seinerseits seine *silberne* Krawattennadel an E weggegeben hat, denn dafür fehlt es im Verhältnis B – N allemal an einer Gegenseitigkeit der Ansprüche. Im Ergebnis kann N die Goldnadel von B nach § 985 herausverlangen.

3. Ein Herausgabeanspruch des N gegen B aus § 861 Abs. 1 setzt voraus, dass dem unmittelbaren Besitzer der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde und dass der jetzige unmittelbare Besitzer fehlerhaft besitzt, § 858 Abs. 2, Abs. 1. N selbst hat den unmittelbaren Besitz an dem Goldring aber freiwillig aufgegeben, als er ihn dem E leihweise aushändigte. Ein Anspruch unmittelbar aus § 861 Abs. 1 scheidet damit aus. Aber auch ein Herausgabeanspruch als mittelbarer Besitzer nach § 869 in Verbindung mit §§ 861 Abs. 1, 858 Abs. 2, Abs. 1 kommt nicht in Betracht, denn auch E hat seinen Besitz durch Übergabe an B freiwillig aufgeben.

4. Für einen Anspruch des ehemaligen Besitzers N gegen B aus § 1007 Abs. 1 ist erforderlich, dass B kein Besitzrecht hatte und beim Erwerb seines Besitzes nicht in gutem Glauben war; außerdem dürfte der Anspruch nicht nach § 1007 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein. Zwar hatte B von Anfang an kein Besitzrecht, aber er glaubte bei Besitzerwerb an ein Besitzrecht aus dem Tauschvertrag mit E. Die Gutgläubigkeit des B beim Erwerb des Besitzes an der Goldnadel steht mithin einem Anspruch des N aus § 1007 Abs. 1 entgegen.

5. Ein Herausgabeanspruch aus § 1007 Abs. 2 setzt voraus, dass dem N oder dem E die Sache gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist; außerdem dürfte der Anspruch nicht durch einen der in 1007 Abs. 2 und Abs. 3 genannten Ausschlussgründe ausgeschlossen sein. Mit „früherem Besitzer“ ist dabei der frühere *unmittelbare* Besitzer gemeint. Dies ergibt sich aus dem Begriff des "Abhandenkommens". Er entspricht dem Abhandenkommen des § 858 Abs. 2 und meint den unmittelbaren Verlust des unmittelbaren Besitzes, nicht aber den Verlust des nur mittelbaren Besitzes. Dies ergibt sich daraus, dass § 858 im Bereich der Regelungen zum unmittelbaren Besitzer steht und § 869 die entsprechende Anwendbarkeit der Regelungen des unmittelbaren auf den mittelbaren Besitzer nicht auf § 858 erstreckt. Dem N ist aber die Goldnadel nicht abhanden gekommen. Allerdings muss der frühere Besitzer, dem die Sache gestohlen wurde, verloren gegangen oder abhanden gekommen ist, nicht zwingend der Anspruchsteller sein. Vielmehr kann auch der mittelbare Besitzer (N) Anspruchsteller sein, und es genügt, wenn seinem Besitzmittler als unmittelbaren Besitzer (E) die Sache abhanden gekommen ist. Auch hieran fehlt es jedoch. Da die Goldnadel weder N noch E gestohlen wurde, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, scheidet ein Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB ebenfalls aus.

6. In Betracht kommt jedoch ein Herausgabeanspruch des N gegen B aus § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Fall (Nichtleistungskondiktion). Das Bereicherungsrecht kann hier insoweit nicht durch § 993 Abs. 1, 2. Halbsatz ausgeschlossen sein, da die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses beim gutgläubigen unverklagten Besitzer nur in Bezug auf Nutzungen und Schadensersatz vorrangig sind, nicht jedoch in Bezug auf Herausgabeansprüche.

a) B hat den Besitz an der Goldnadel erlangt. Die Frage ist jedoch, ob er ihn in sonstiger Weise auf Kosten des Anspruchstellers N oder aber durch eine Leistung des E erlangt hat. Nach dem bereicherungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip darf ein Leistungsempfänger grundsätzlich nicht noch der Nichtleistungskondiktion eines Dritten ausgesetzt sein, denn sonst drohten ihm Einwendungen verloren zu gehen, die ihm im Verhältnis zu dem Leistenden zustehen. Hier ist leicht erkennbar, dass E den Besitz an der Goldnadel bewusst und zweckgerichtet zur Erfüllung einer (vermeintlich wirksamen) tauschvertraglichen Verbindlichkeit auf B übertragen und mithin geleistet hat. Dem steht die Minderjährigkeit des E nicht entgegen. Zwar kann ein Minderjähriger

die für eine bereicherungs- wie erfüllungsrechtliche Leistung erforderliche Tilgungs- und Zweckbestimmung (§§ 362 Abs. 1, 366) nur unter den Voraussetzungen der §§ 107, 108 wirksam erklären. Diese Voraussetzungen sind aber erfüllt, weil die Leistung an B ebenso wie die Übereignung an ihn für den Leistenden E ein rechtlich neutrales Geschäft war.

b) Das Subsidiaritätsprinzip wirkt freilich nicht ausnahmslos als Sperre einer Nichtleistungsgegenüber einer Leistungskondition. Es erfährt insbesondere eine wichtige Ausnahme in § 816 Abs. 1 S. 2. Danach steht dem Alt-Berechtigten (also möglicherweise N) durchaus - in Ausnahme gegenüber dem in S. 1 zum Ausdruck gebrachten Subsidiaritätsprinzip - eine Direktkondition gegen den „unentgeltlichen“ Empfänger (B) auf Rückübertragung des Verfügungsgegenstandes zu, und zwar unbeschadet einer Leistungsbeziehung dieses Empfängers (B) zum nichtberechtigten Verfügenden (E). Einer analogen Anwendung dieser Vorschrift stehen hier aber unüberwindbare Hindernisse entgegen: *Zum einen* hat B die Goldnadel keineswegs durch eine Verfügung des E erlangt, die gegenüber dem Berechtigten (N) wirksam wäre, denn ein gutgläubiger Erwerb des B hat ja gerade nicht stattgefunden; die bloße Besitzübertragung ist keine Verfügung. *Zum zweiten* erfolgte der Erwerb des Besitzes an der Goldnadel für B nicht „unentgeltlich“, sondern auf tauschvertraglicher Grundlage. Zwar erweist sich der Tauschvertrag als unwirksam und damit der Besitzerwerb des B als „rechtsgrundlos“, doch verbietet sich eine Gleichstellung von „rechtsgrundlos“ mit „unentgeltlich“ im Rahmen des § 816 Abs. 1 S. 2, an die man etwa unter dem Oberbegriff der „Gegenleistungsfreiheit“ denken könnte, weil der Empfänger - wie hier in der Tat B - bei einem rechtsgrundlosen Leistungsempfang (anders als bei einem unentgeltlichen) seinerseits gegengeleistet haben kann und dann in seinem Rückabwicklungsverhältnis mit seinen Einwendungen gegenüber dem Leistungspartner vor dem Zugriff des Dritten auf das Erlangte geschützt werden muss. Eine Nichtleistungskondition des N gegen B kommt daher nicht in Betracht.

II. Desweiteren kann N an Ansprüchen gegen E interessiert, die sich auf Herausgabe der silbernen Krawattennadel richten könnten, die E von B tauschweise erlangt hat.

1. Dem kann die Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nach § 993 Abs. 1 a.E. nicht entgegenstehen. Zwar bestand zwischen N und E ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis; insbesondere stand E in Anbetracht des unwirksamen Leihvertrags kein Besitzrecht zu, § 986 Abs. 1. Das E-B-V entfaltet aber gegenüber Herausgabeansprüchen keine Sperrwirkung; die Bös- oder Gutgläubigkeit des E hinsichtlich seines unrechtmäßigen Besitzes kann dabei dahinstehen.

2. N könnte er sich auf die Anspruchsgrundlage des § 816 Abs. 1 stützen. Zwar hat E mangels eines gutgläubigen Erwerbs des B nicht in einer gegenüber N wirksamen Weise als Nichtberechtigter verfügt. Es steht N jedoch frei, eine Genehmigung der nichtberechtigten Verfügung nach § 185 Abs. 1 auszusprechen. Dies kann nach § 182 Abs. 1 sowohl gegenüber E wie gegenüber B geschehen. Dann bildet die Silbernadel das durch die - nunmehr gegenüber N wirksame - Verfügung des E von B Erlangte. Bisher ist allerdings noch keine Genehmigung erklärt worden. Man wird in dem Verhalten des N am Sonntagabend auch keine konkludente Genehmigung sehen können, denn N macht Ansprüche sowohl gegen B wie auch gegen E geltend und würde sich mit einer Genehmigung der Verfügung um seinen Herausgabeanspruch aus § 985 gegen B bringen. Allerdings hat er die „Qual der Wahl“, ob er von B nach § 985 seine Goldnadel oder von E nach § 816 Abs. 1 S. 1 nach einer Genehmigung der Verfügung die Silbernadel herausverlangt. Dass sich N damit in einer privilegierten Position sieht, die es ihm ermöglicht, Verlust oder Insolvenzrisiken bei einem der möglichen Anspruchsgegner durch einen Wechsel zum anderen zu entgehen, ist schwerlich angreifbar: die Rechtsordnung selbst gewährt ihm dieses Privileg.

3. Fraglich ist, ob N auch ohne eine Genehmigung der Verfügung einen Anspruch gegen E auf Herausgabe der Silbernadel hat. Man kann an einen Anspruch aus Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall denken, der sich nach § 818 Abs. 1 auf die Silbernadel als Ersatz (Surrogat) für die von N erhaltene Goldnadel richten müsste.

a) Ohne weiteres hat E den Besitz an der Goldnadel von N durch dessen Leistung in Erfüllung des vermeintlich wirksamen Leihvertrags ohne rechtlichen Grund erlangt. Die für diese Leistung erforderliche Tilgungs- und Zweckbestimmung des N konnte gegenüber dem nicht voll geschäftsfähigen E nach § 131 Abs. 2 S. 2 wirksam werden, weil sie diesem nur den rechtlichen Vorteil des unentgeltlichen Besitzes brachte. Als Besitzkondiktion scheidet der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 allerdings schon am fehlenden Besitz des E. Dies bedeutet aber nicht, dass sich der Anspruch sogleich auf Wertersatz nach § 818 Abs. 2 richtet. Wertersatz kommt erst in Betracht, wenn weder der Gegenstand selbst noch ein dafür erhaltenes Surrogat nach § 818 Abs. 1 herausgegeben werden kann.

b) Allerdings kann die Silbernadel nicht als *commodum ex re* (Surrogat unmittelbar aus Entzug, Zerstörung oder Beschädigung) i.S.d. § 818 Abs. 1 angesehen werden, sondern muss als ein *commodum ex negotiatione cum re* (rechtsgeschäftliches Surrogat) betrachtet werden muss; letzteres aber kann von § 818 Abs. 1 nicht mit erfasst werden, weil sonst auch weit hergeholte Vorteile vom Bereicherungsgläubiger kondiziert werden könnten. Dies zeigt auch ein Umkehrschluss (*arg. e contrario*) zu den §§ 1418 Abs. 2 Nr. 3, 1473 Abs. 1, 1638 Abs. 2, in denen der Gesetzgeber zunächst genau dieselbe Formulierung wie in § 818 Abs. 1 aufgreift, dann aber - anders als in § 818 Abs. 1 - das rechtsgeschäftliche Surrogat ausdrücklich hinzufügt. Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen wollen, dass das *commodum ex negotiatione cum re* nicht von § 818 Abs. 1 erfasst sein soll.

4. Als Anspruchsgrundlage lässt sich auch an einen Anspruch auf Herausgabe des durch eine angemäße Eigengeschäftsführung Erlangten nach §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 denken. Man wird den Versuch einer Übereignung der goldenen Krawattennadel, die im Eigentum der N stand, als ein objektiv fremdes Geschäft für E ansehen müssen, denn grundsätzlich darf nur der Eigentümer über sein Eigentum verfügen. Allerdings ist zu beachten, dass E minderjährig und damit beschränkt geschäftsfähig ist, so dass er gem. § 682 nur nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen und die ungerechtfertigte Bereicherung haftet. Ein Anspruch aus § 687 Abs. 2 i.V.m. §§ 681 S. 2, 667 auf Herausgabe der Silberadel kommt daher nicht in Betracht.

III. Möglicherweise schweben dem N auch Ansprüche gegen E auf Herausgabe der Goldnadel vor. Solche liegen indes letztlich fern. Für die leihvertragliche Anspruchsgrundlage des § 604 Abs. 1 fehlt es nicht nur wegen §§ 107, 108 Abs. 1 an einem wirksamen Leihvertrag mit E, sondern auch an einem unmittelbaren Besitz des E. Die *rei vindicatio* nach § 985 könnte N als Eigentümer zwar auch gegen einen mittelbaren Besitzer geltend machen, doch ist E nach der Besitzübertragung an B, der die Goldnadel ungeachtet der Unwirksamkeit der Übereignung dauerhaft und für sich besitzen sollte und wollte, nicht einmal mehr mittelbarer Besitzer.

IV. N kann aber vielleicht daran denken, zur Rückgewinnung der Goldnadel einen Anspruch gegen E auf Abtretung eines Anspruchs des E gegen B auf Rückgabe dieser Goldnadel geltend zu machen, um sodann aus abgetretenem Recht gegen B vorgehen zu können.

1. Man könnte durchaus erwägen, dass sich der Anspruch, den N gegen E - vorbehaltlich der Genehmigung der nichtberechtigten Verfügung - aus § 816 Abs. 1 S. 1 auf Herausgabe des von B Erlangten hat, vielleicht auch auf einen an N abzutretenden Bereicherungsanspruchs des E gegen B

auf Rückgabe der *goldenen* Krawattennadel richtete. Damit könnte sich N einen Herausgabeanspruch gegen B aus abgetretenem Recht verschaffen könnte (Kondiktion der Kondiktion). In der Tat steht E gegen B ein solcher Anspruch auf Rückgabe der *Goldnadel* Zug um Zug gegen Rückgabe seinerseits der *Silbernadel* zu, denn E und B sind zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ihres unwirksamen Tauschvertrags auf der Grundlage von Leistungskonditionen aus § 812 Abs. 1 S. 1, Fall 1 verpflichtet. Genehmigt N die Verfügung des E, wird B (rückwirkend) Eigentümer der Goldnadel, muss sie aber gegen Rückübereignung der Silbernadel an E übereignen. Fraglich ist aber, ob dieser Bereicherungsanspruch des E gegen B im Verhältnis zu N als das „durch die Verfügung Erlangte“ angesehen werden kann. Diese Frage ist zu verneinen, nachdem E von B im Rahmen des Tauschgeschäfts - ungeachtet der Unwirksamkeit des Tauschvertrags - die Silbernadel von B übereignet erhalten hat. Als für B rechtlich vorteilhaftes Geschäft ist diese Übereignung nach § 107 wirksam. Auf diese Silbernadel kann N im Falle der Genehmigung der Verfügung des E zurückgreifen. Dies lässt freilich den Bereicherungsausgleich im Verhältnis zwischen B und E unberührt, der sich auf die Rückübereignungen der Silbernadel von E an B und die Übereignung der Goldnadel von B an E richtet, wobei E, sollte der Silbernadel an N nach § 816 Abs. 1 bereits an N herausgegeben haben, dem B nach § 818 Abs. 2 wertersatzpflichtig ist. Ein Zugriff auf den Bereicherungsanspruch des E gegen B auf Rückübereignung ist dem N aber verwehrt, weil dieser Bereicherungsanspruch nicht als das durch die (von N genehmigte) Verfügung Erlangte i.S. des § 816 Abs. 1 angesehen werden kann.

2. N kann sich für den Gedanken einer Kondiktion der Kondiktion auch nicht auf seine Leistungskondiktion gegen E aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall mit der Begründung stützen, E müsse anstelle der von N erhaltenen Goldnadel nach deren Weitergabe B nunmehr seinen Bereicherungsanspruch gegen B an N nach § 818 Abs. 1 abtreten, denn auch der Bereicherungsanspruch des E gegen B auf Herausgabe der Goldnadel ist (ebenso wie die Silbernadel selbst) im Verhältnis des E zu N nicht als *commodum ex re* (Surrogat unmittelbar aus Entzug, Zerstörung oder Beschädigung), sondern als ein von § 818 Abs. 1 nicht erfasstes *commodum ex negotiatione cum re* (rechtsgeschäftliches Surrogat) anzusehen.

V. Schließlich ist noch daran zu denken, ob für N gegen E wegen dessen Weitergabe der Goldnadel Schadensersatzansprüche in Betracht kommen.

1. Dafür bietet allerdings der Sachverhalt nach der bisherigen Entwicklung der Geschehnisse (noch) keine Anhaltspunkte. Es ist nämlich nicht ersichtlich, wodurch für N derzeit ein Schaden entstanden sein könnte und worin er bestehen sollte. Durch die Weitergabe der Goldnadel durch E an B hat N seinen mittelbaren Besitz daran verloren. Es könnte also nur um einen Ersatz desjenigen Schadens gehen, der dem N durch diesen Besitzverlust entstanden wäre. Ersatzfähiger Schaden ist bei einem Besitzverlust - anders als bei einem Eigentumsverlust - jedenfalls dann nicht der Substanzwert, wenn wie hier der ehemalige Besitzer die Sache durch einen Herausgabeanspruch wiedererlangen kann. Vielmehr käme als ersatzfähiger Schaden nur die Vermögenseinbuße in Betracht, die durch den Verlust des Gebrauchs, der Nutzung der Sache entsteht. Dass dem N ein vermögensmäßiger Schaden durch den Verlust des Gebrauchs oder der Nutzung entstanden ist, ist nicht erkennbar. Ein ersatzfähiger Schaden könnte jedoch später entstehen, etwa wenn sich B weigert, die Goldnadel herauszugeben und N seine Ansprüche gerichtlich durchsetzen muss. Die dabei entstehenden Kosten begründeten dann als einen Schaden des N infolge der Besiztziehung. Im Hinblick auf eine solche mögliche Entwicklung kann man - sozusagen vorsorglich - die Frage nach Schadensersatzansprüchen des N gegen E stellen.

2. Dabei verbietet sich freilich ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 des N gegen E. Es ist schon fraglich, ob auch ein unwirksames Leihverhältnis ein Schuldverhältnis begründen kann. Zwar können auch aus einem nur scheinbaren Vertragsabschluss besondere Schutzpflichten entstehen, die gegenüber dem allgemeinen Verkehr gesteigert sind. Hier aber ist der Beteiligung

des E als eines Minderjährigen Rechnung zu tragen. Die Unwirksamkeit des Vertrages nach §§ 107, 108 Abs. 1 soll dem Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen dienen, indem sie ihn sowohl vor der Verpflichtung zur Gegenleistung als auch vor Sorgfaltspflichten bewahrt. Dieser Schutz würde durch die Annahme einer Haftung des Minderjährigen aus § 280 Abs. 1 unterlaufen. Eine Verpflichtung des beschränkt Geschäftsfähigen zum Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 kann deswegen nur in den Fällen angenommen werden, in denen nach §§ 107 f. ein wirksamer Vertrag mit dem Minderjährigen besteht.

3. In Betracht kommt aber für N ein Schadensersatzanspruch aus §§ 989, 990 Abs. 1 gegen E. Hierfür ist neben dem (bestehenden) Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zwischen N und E im Zeitpunkt der Weitergabe der goldenen Krawattennadel an B erforderlich, dass die Herausgabe infolge des Verschuldens des E nicht möglich ist und E bösgläubig war.

a) In der Tat lässt sich sagen, dass die unmittelbare Herausgabe der Goldnadel an N nach § 985 für E durch den Tausch mit B unmöglich wurde; dass E seinerseits noch einen Herausgabeanspruch aus Bereicherungsrecht gegen B hat, ändert an der Unmöglichkeit im Sinne des §§ 989, 990 Abs. 1 nichts. B hat diese Unmöglichkeit auch vorsätzlich herbeigeführt.

b) Fraglich ist freilich die Bösgläubigkeit des E nach § 990 Abs. 1 S. 1. Es kommt für die Bösgläubigkeit auf E selbst und nicht auf seine gesetzlichen Vertreter (Eltern) an. Hier ist nämlich zu beachten, dass es nicht - wie bei einer Haftung auf Nutzungersatz des Minderjährigen nach §§ 987, 990 Abs. 1 - um eine quasi-vertragliche Haftung des Minderjährigen geht, bei der eine Wissenszurechnung (Bösgläubigkeit) nach §§ 107 f. angebracht wäre. Vielmehr steht ein Schadensersatzanspruch aus §§ 989, 990 Abs. 1 in Rede, dem ein deliktsähnlicher Charakter zukommt. Daher muss für die Bösgläubigkeit durchaus auf die Kenntnis des Minderjährigen selbst abgestellt werden, soweit er einsichtsfähig im Sinne des § 828 Abs. 2 ist. Als erst Sechszehnjährigem ist ihm wohl kaum klar gewesen, dass er im Rechtssinn nur beschränkt geschäftsfähig ist, ohne Einwilligung der Eltern noch keine rechtswirksamen Verträge mit rechtlich nachteiligen Folgen abschließen kann und ein Leihvertrag trotz seiner Unentgeltlichkeit durchaus rechtlich nachteilig ist. E konnte mit seinen nur 16 Jahren zum Zeitpunkt des Tausches kaum wissen, dass er wegen der Unwirksamkeit des Leihvertrages nicht zum Besitz berechtigt war. An einer Einsichtsfähigkeit hat es ihm daher gefehlt, so dass er bei Besitzbegründung nicht nach § 990 Abs. 1 S.1 bösgläubig war.

4. Deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche des N gegen E kommen, sobald für N im Zuge der weiteren Entwicklungen noch ein Schaden entstehen sollte, aus § 823 Abs. 1 in Betracht.

a) Prüfungsbedürftig erscheint hierfür allerdings die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 bei gleichzeitigem Vorliegen eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses zwischen N und B. Im Lichte einer wertungsmäßigen Stimmigkeit der Ausschlussfunktion der §§ 993 Abs. 1 a. E., 992 darf dabei folgendes nicht übersehen werden: Bei einem Fremdbesitzerexzess im Rahmen eines ungültigen Vertrages kann der Schutz des unrechtmäßigen Besitzers vor dem Deliktsrecht nicht weitergehen als im Falle eines gültigen Vertrages, bei dem der rechtmäßige Besitzer dem Deliktsrecht fraglos unterworfen wäre. Daher muss der unrechtmäßige redliche Fremdbesitzer daher dem Eigentümer aus § 823 Abs. 1 insoweit auf Schadensersatz, als er bei Bestehen seines vermeintlichen Besitzrechts haften würde. E wäre auch im Rahmen eines wirksamen Leihvertrages nicht berechtigt gewesen, die goldene Krawattennadel zu tauschen. Damit kann das Deliktsrecht Anwendung finden.

b) Durch die Weitergabe der Goldnadel an B mit der Folge des Verlustes des mittelbaren Besitzes hat E das Recht zum Besitz der N als "sonstiges Recht" durch eine zurechenbare Handlung verletzt. B hat vorsätzlich die Goldnadel an B weitergegeben. Er ist zwar noch minderjährig. Mit seinen 16 Jahren ist er dennoch als durchaus einsichtsfähig anzusehen, das Unrecht seiner Handlung

einzusehen, § 828 Abs. 2 BGB. Denn nach der Lebenserfahrung weiß ein Sechszehnjähriger, dass man eine entlehene fremde Sache nicht gegen ein andere tauschen darf.

VI. Im Ergebnis hat N gegen B einen Anspruch auf Herausgabe der Goldnadel aus § 985. Er kann sich einen Anspruch gegen E auf Herausgabe der Silbernadel nach § 816 Abs. 1 verschaffen, indem er die nichtberechtigte Verfügung des E genehmigt, womit er freilich seinen Anspruch gegen B aus § 985 verliert. Sollte N später noch ein Schaden durch den Verlust der Goldnadel entstehen, etwa weil B die Herausgabe verweigert und dem N dadurch Kosten entstehen, kann N von E Schadensersatz nach § 823 Abs. 1.