Bearbeitet von Lea Baron, Göttingen*

Hausarbeit im Privatrecht für Fortgeschrittene

Sachverhalt

A tankt an der von T betriebenen Selbstbedienungstankstelle 50 Liter SuperPlus zum Preis von 1,50 € je Liter. Nach dem Tankvorgang verlässt er die Tankstelle – wie geplant – ohne zu bezahlen und verbraucht das Benzin in der Folge restlos. Vor dem Tankvorgang war der Tank des A komplett leer.

Frage 1: Welche Ansprüche haben A und T gegeneinander?

Frage 2: Welche Ansprüche haben A und T gegeneinander, wenn A lediglich 10 Liter tankt und vor dem Tankvorgang noch 50 Liter im Tank waren?

Frage 3: Welche Ansprüche haben A und T gegeneinander, wenn A 30 Liter tankt und vor dem Tankvorgang noch 30 Liter im Tank waren?

Beantworten Sie die Fragen jeweils in einem umfassenden Gutachten. Gehen Sie dabei auf alle in Betracht kommenden Ansprüche ein. Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB sind nicht zu prüfen.

Frage 1: Ansprüche des A gegen T

A. Anspruch auf Übereignung gem. § 433 I 1 BGB[1]

A hat gegen T einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Benzins gem. § 433 I 1, wenn zwischen A und T ein wirksamer Kaufvertrag über das Benzin i. H. v. 75 Euro zustande gekommen ist.

I. Anspruch entstanden

Ein Kaufvertrag kommt durch Einigung zustande, die hier in Form zweier auf Abschluss eines Kaufvertrages gerichteter, übereinstimmender, gültiger Willenserklärungen[2], Angebot und Annahme[3], vorliegen könnte.

Fraglich ist vorliegend, wann überhaupt ein Angebot zum Vertragsschluss stattfinden konnte. Die Erklärung wird anhand des objektiven Empfängerhorizonts ausgelegt, §§ 133, 157[4]; das Angebot muss die *essentialia negotii*[5] enthalten.

Bei dem Vorgang des Tankens bei einer Selbstbedienungstankstelle kommen, den vorliegenden Sachverhalt zugrundgelegt, nur zwei Möglichkeiten einer Einigung in Betracht. Sie könnte konkludent durch den Tankvorgang an der freigeschalteten und betriebsbereiten Zapfsäule oder durch den Zahlvorgang an der Kasse geschehen sein. Zu bewerten ist, ob in dem Bereitstellen des Treibstoffs eine *invitatio ad offerendum* oder ein Angebot *ad incertas personas* nach § 145 zu sehen ist.

Von ersterem ist auszugehen, wenn der Anbietende nur eine bestimmte Anzahl zum Verkauf vorrätig hat und eine Verpflichtung über seine finanziellen Möglichkeiten hinaus ausschließen möchte[6] oder wenn er sich der Identität und Solvenz des Vertragspartners sicher sein möchte.[7] Dann liegt nur eine Aufforderung zur Offerte[8] vor; die Erklärung wird ohne Rechtsbindungswillen abgegeben.[9] Vorliegend könnte A nur so viel Benzin tanken, wie es die Zapfsäule vorrätig hat. Eine Überforderung der Verkaufsfähigkeit des T ist somit ausgeschlossen. Ein Angebot in Form einer *invitatio ad offerendum* kommt demnach nicht in Betracht.

Durch das Zapfenlassen des Benzins als *offerta ad incertas personas* wird unter anderem auch vom BGH[10]

---

* *Lea Baron* studiert im 9. Fachsemester Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Die Hausarbeit wurde im Rahmen der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene zum Sommersemester 2017 vom Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Europäisches Privatrecht (Prof. Dr. *Ivo Bach*) von wiss. Mit. *Samad Zarifkar* gestellt und mit 16 Punkten bewertet. Die kursiven Anmerkungen in eckigen Klammern stammen vom Korrektor, wenn nicht anders angegeben.

1 Soweit nicht anders gekennzeichnet, sind alle Paragraphen solche des BGB.

2 Vgl. §§ 145, 147.

3 *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 1; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 35. Aufl. 2011, § 8 Rn. 165; *Hirsch*, BGB, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, Rn. 166.

4 Vgl. dazu *Faust,* BGB AT (Fn. 3), § 2 Rn. 10; *Wertenbruch*, BGB, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2012, § 9 Rn. 1; *Bitter/Röder*, BGB, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2016, § 7 Rn. 22 ff.; *Hirsch*, BGB AT (Fn. 3), Rn. 134, 139.

5 Dies beinhaltet alle Aspekte, deren Festlegung für den konkreten Vertrag notwendig sind. Vgl. näher dazu *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2015, § 8 Rn. 8; *Faust*, BGB AT (Fn. 3), § 3 Rn. 3, § 5 Rn. 13; *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 75. Aufl. 2016, Einf. v. § 145 Rn. 3.

6 Vgl. dazu *Jacoby/von Hinden/*, Bürgerliches Gesetzbuch – Studienkommentar, 15. Aufl. 2015, § 145 Rn. 1; *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 3), § 8 Rn. 165a; *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 4), § 5 Rn. 14.

7 BGH, NJW 2009, 1337 (1338); *Sautter*, Detektivkosten nach Tanken ohne Bezahlen, JuS 2011, 900 (901).

8 BGH, NJW 1980, 1388 (1338); *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 3), § 9 Rn. 165a.

9 *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 4), § 5 Rn. 14; *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 5), § 145 Rn. 2.

10 BGH, NJW 2011, 2871 (2871); ebenso *Mansel*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 16. Aufl. 2016, § 145 Rn. 7; *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 5), § 145 Rn. 8; *Hirsch*, BGB AT (Fn. 3), Rn. 224; *Bork*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2015, § 145 Rn. 8; *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 3), § 8 Rn. 186; *Bitter/*

angenommen, dass der Tankstellenbetreiber allein schon durch diesen Vorgang eine vertragliche Bindung eingehen möchte. Der Antrag richtet sich in diesem Fall nicht an einen Vertragspartner, sondern eine unbestimmte Anzahl an Personen.[11] Der Preis pro Liter wird durch das Aushängen des Zapfhahnes gezeigt, die Menge des zu Tankenden ist noch nicht bestimmt, sie wird durch den Kunden als Teil der Vertragsgestaltung selbständig festgelegt, § 315. Nach § 130 I 1 wird das Angebot mit der Kenntnisnahme durch den Kunden wirksam. Dies geschieht, wenn ihm bewusst ist, dass die Zapfsäule freigeschaltet ist. Details, wie zum Beispiel der Preis, sind dabei nicht von Bedeutung; die Möglichkeit einer Kenntnisnahme genügt, sie wird durch das Aushängen des Zapfventils vor Tankbeginn ermöglicht.[12] Durch das endgültige Zapfen des Benzins nimmt der Kunde danach das Angebot an. Der Zugang dieser Erklärung gegenüber dem Tankstellenbetreiber ist gem. § 151 S. 1 entbehrlich. Demnach wäre vorliegend durch das Tanken der selbstbestimmten 50 Liter des A der Kaufvertrag zustande gekommen. Möglicherweise könnte gegen diese Auffassung sprechen, dass ein Tankstelleninhaber nur ein Interesse haben kann, mit zahlungsbereiten Kunden einen Vertrag einzugehen, weshalb einem Vertragsschluss erst ab Bezahlen an der Kasse zugestimmt werden sollte.[13] Problematisch dabei ist, dass sich in diesem Moment das Benzin schon im Fahrzeug des Kunden befindet. Es liegt ein praktisch unumkehrbarer Zustand[14] vor. Es ist nicht davon auszugehen, dass es dem Wunsch der Vertragsparteien entspricht, dass das Benzin bei Nicht-Abschließen des Vertrages an der Kasse wieder abgepumpt werden müsste.[15] Dies ist der grundsätzliche Unterschied zum Selbstbedienungsladen[16], in dem der Vertrag zwischen den Parteien erst an der Kasse zustande kommt. Somit ist ein wirksamer Kaufvertrag konkludent durch das Zapfen an der Zapfsäule des T durch A zustande gekommen. Der abweichende Wille des A, nach Entnahme des Benzins den Kaufpreis nicht zu zahlen, ist nach § 116 S. 1 unbeachtlich. Demnach ist ein Kaufvertrag nach § 433 zwischen A und T entstanden.

II. Anspruch erloschen

Der Anspruch könnte jedoch erloschen sein. Dies ist der Fall, wenn eine rechtsvernichtende Einwendung vorliegt.

1. Erfüllung gem. § 362 I

Möglicherweise könnte der Anspruch des A durch Erfüllung nach § 362 I erloschen sein. Dabei erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Dies ist vorliegend die Übergabe und Übereignung des Benzins. Durch das Zapfenlassen wurde das Benzin übergeben. Fraglich ist, ob es auch übereignet wurde. Dabei wird zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterschieden. Nur die tatsächliche Ausführung, also das Verfügungsgeschäft, für die Erfüllung des Kaufvertrages notwendig.[17]

a) Einigung über den Eigentumsübergang, § 929 S. 1

Voraussetzung für die Übereignung des Benzins ist gem. § 929 S. 1 eine Einigung über den Eigentumsübergang, die Übergabe der Sache und die Berechtigung des Veräußerers. Das Benzin wurde durch T schon übergeben, wozu dieser als Eigentümer auch berechtigt war. Zu prüfen ist folglich nur noch, ob eine dingliche Einigung vorliegt.

Eine dingliche Einigung zwischen T und A setzt zwei inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, voraus, die darauf gerichtet sind, das Eigentum an einer bestimmten Sache zu übertragen.[18] Problematisch ist vorliegend, zu welchem Zeitpunkt ein Eigentumswechsel stattgefunden haben könnte.

Eine Ansicht[19] geht davon aus, dass die dingliche Einigung losgelöst von der schuldrechtlichen Einigung erst mit Bezahlung des Benzins an der Kasse erfolge. Dies wird damit begründet, dass bei einer dinglichen Einigung eine einseitige mengen- oder wertmäßige Erfassung nicht ausreichend sei.[20] Das Tankstellenpersonal müsse demnach genaue Kenntnis von dem Tankvorgang haben. Folglich wäre vorliegend das *[Eigentum an dem – Anm. d. Red.]* Benzin nicht auf den A übergegangen.

Einer zweiten Ansicht zufolge erfolgt die dingliche Einigung wie die schuldrechtliche Einigung durch den Tankvorgang selbst.[21] Das Angebot werde dabei durch

Röder, BGB AT (Fn. 4), § 5 Rn. 19; *Köhler*, BGB AT (Fn. 5), § 8 Rn. 12; *Faust*, BGB AT – Schuldrecht: „Selbsttanken", Jus 2011, 929 (930); *Conrad/Bisenius*, Besondere Konstellationen des Kaufvertragsschlusses – Schaufenster, Automaten, Online-Handel und Selbstbedienungsläden, JA 2011, 740 (743); *Kellermann-Schröder*, „Nichts als Ärger für den Tankstelleninhaber", JA 2016, 25 (28).

11 *Hirsch*, BGB AT (Fn. 3), Rn. 208; *Faust*, BGB AT (Fn. 3), § 3 Rn. 3.

12 *Faust* (Fn. 10), JuS 2011, 929 (930).

13 Vgl. dazu BGH, NStZ 1983, 507 (507 f.).

14 BGH, NJW 2011, 2871 (2871).

15 Vgl. dazu BGH, NJW 2011, 2871 (2871).

16 Hier kann der Kunde die aus dem Regal genommene Ware wieder zurücklegen. Diese kann dann problemlos an einen anderen Kunden verkauft werden. Vgl. BGH, NJW 2011, 2871; *Conrad/Bisenius* (Fn. 10), JA 2011, 740 (742).

17 Vgl. *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, 31. Aufl. 2016, § 6 Rn. 3; *Weber*, Sachenrecht I, 4. Aufl. 2016, § 4 Rn. 29.

18 Vgl. *Oechsler*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. VII, 7. Aufl. 2017, § 929 Rn. 1 ff.; *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht (Fn. 17), § 7 Rn. 4; *Westermann/Gursky/Eickmann*, BGB – Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2013, § 37 Rn. 1 f.; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2013, § 4 Rn. 6.

19 Vgl. OLG Koblenz, NStZ-RR 1998, 364; *Borchert/Hellmann*, „Tanken ohne zu zahlen" – eine Problemklärung in Sicht?, NJW 1983, 2799 (2799 ff.); *Heinrichs*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 65. Auflage 2006, § 145 Rn. 8.

20 Vgl. BGH, NJW 1956, 1315; *Borchert/Hellmann* (Fn. 19), NJW 1983, 2799 (2802); *Rebler*, „Selbstbedienen" beim Tanken und das Strafrecht, JA 2013, 179 (180).

21 Vgl. OLG Düsseldorf, NStZ 1982, 249; OLG Düsseldorf, NStZ 1985, 270; *Lange/Trost*, Strafbarkeit des „Schwarztankens" an der SB-Tankstelle, JuS 2003, 961 (963); *Rebler* (Fn. 20), JA 2013, 179 (179 f.); *G. Schulze*, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Nomos-

das Freischalten der Zapfsäule dargelegt, die Annahme erfolge durch die Entnahme des Benzins als nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, vgl. § 151 S. 1. Demnach wäre das Benzin durch Zapfenlassen von Seiten des T auf den A übergegangen.

Nach einer dritten Ansicht findet die Einigung zwar auch durch den Zapfvorgang selbst statt, die vom Tankstelleninhaber abgegebene dingliche Einigungserklärung sei aber so zu bewerten, dass das Eigentum erst mit Bezahlung übergehen soll, der Käufer also aufschiebend bedingt Eigentum erhält, §§ 929 S. 1, 158 I, 449 I.[22] Dadurch, dass A der Bedingung der Kaufpreiszahlung nicht nachkam, wäre T immer noch Eigentümer.

Fraglich ist, wie das Argument der ersten Ansicht einer notwendigen Kommunikation der Vertragsparteien zu bewerten ist. Würde stets eine Interaktion zwischen den Beteiligten verlangt, könnte bei Selbstbedienungskonstellationen nie ein Eigentumsübergang stattfinden.[23] Bei der zweiten Ansicht wird argumentiert, dass die Situation zu der des Einwurfs in einen Münzautomaten vergleichbar sei.[24] Dabei wird allerdings übergangen, dass es bei dieser Konstellation zu einer Vorleistungspflicht des Käufers kommt und eine Übereignung genau wie beim Selbstbedienungsladen an der Kasse stattfindet.[25] Der Mittelweg der dritten Ansicht berücksichtigt die Interessenlage der jeweiligen Beteiligten. Dies erklärt sich aus der normativen Auslegung des Verhaltens beider Vertragsparteien nach den §§ 133, 157.[26] Nach dieser Ansicht würde der Wunsch des Verkäufers nach einer möglichst späten Übereignung und der des Käufers nach einer möglichst frühen Übereignung, also zumindest dem Erwerb einer dinglichen Rechtsposition, gleichermaßen beachtet.[27] Dem steht auch nicht entgegen, dass der Eigentumsvorbehalt vorliegend konkludent vereinbart worden ist. Im Zivilrecht ist bestimmt, dass sich aus gewissen Umständen, wie bei gewöhnlichen Ladenkäufen, ein Eigentumsvorbehalt auch stillschweigend ergeben kann.[28] Die dritte Ansicht wirkt vermittelnd. So erhält der Käufer durch den Eigentumsvorbehalt ein Anwartschaftsrecht, wodurch seine rechtlichen Möglichkeiten gestärkt sind[29], aber auch dem Verkäufer wird noch die Möglichkeit eines Herausgabeanspruches nach § 985 offengehalten. Mithin ist dieser Ansicht zu folgen.

b) Zwischenergebnis

Da die Bedingung zum Zeitpunkt des Wegfahrens nicht eingetreten ist, hat T das Benzin noch nicht übereignet. Der Anspruch ist somit nicht durch Erfüllung gem. § 362 I erloschen.

2. Ausschluss der Leistungspflicht, § 275 I

Fraglich ist, ob ein Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 I vorliegt. Dies ist der Fall, soweit die Leistung unmöglich ist. Vorliegend wurde das gesamte Benzin verbraucht, die Verschaffung des Eigentums ist demnach nachträglich objektiv physisch unmöglich[30] geworden, § 275 I. *[Gut gesehen, allerdings stellt sich hier die Frage, ob es sich nicht um eine Gattungsschuld handelt und eine Leistung somit möglich bleibt.]* Somit ist der Anspruch auf Leistung gem. § 275 I Alt. 2 untergegangen.

III. Ergebnis

Demnach hat A gegen T keinen Anspruch mehr auf Übereignung des Benzins gem. § 433 I 1.

B. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, III, 283

Folglich könnte A gegen T einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 283 haben.

I. Schuldverhältnis

Ein wirksamer Kaufvertrag als Schuldverhältnis liegt vor.

II. Unmöglichkeit des Leistungsanspruchs nach § 275 I

T wurde gem. § 275 I durch nachträgliche Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht befreit und ist demnach von seiner Pflicht zur Übereignung des Benzins frei geworden.

III. Pflichtverletzung in Form von der Nichtleistung

Die Pflichtverletzung müsste in der Nichtleistung aufgrund nachträglicher Unmöglichkeit liegen.[31] Vorliegend hat T die vertraglich geschuldete Leistung, die Übereignung des Benzins, wegen Unmöglichkeit nicht erbracht.

Kommentar BGB, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 145 Rn. 4; *Jauernig*, in: ders. (Fn. 10), § 145 Rn. 7; *Bork*, in: Staudinger (Fn. 10), § 145 Rn. 10.

22 OLG Hamm, NStZ 1983, 266 f.; *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 5), § 145 Rn. 8; *Busche*, in: MüKo BGB (Fn. 18), § 145 Rn. 12; *Armbrüster*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch (Handkommentar), Bd. I, 13. Aufl. 2011, § 145 Rn. 10; *Lange/Trost* (Fn. 21), JuS 2003, 961 (964); *Kindl*, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Onlinekommentar BGB, 41. Edn. 2016, § 929 Rn. 19.

23 Vgl. *Herzberg*, Zivilrechtliche Verschiebungen zur Schließung von Strafbarkeitslücken? Probleme des Tankens ohne zu zahlen, NJW 1984, 896 (898).

24 Vgl. *Rebler* (Fn. 20), JA 2013, 179 (180).

25 *Lange/Trost* (Fn. 21), JuS 2003, 961 (964).

26 *Lange/Trost* (Fn. 21), JuS 2003, 961 (964).

27 Vgl. *Lange/Trost* (Fn. 21), JuS 2003, 961 (964).

28 OLG Hamm, NStZ 1983, 266 (267); *Lange/Trost* (Fn. 21), JuS 2003, 961 (964).

29 Vgl. *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht (Fn. 17), § 14 Rn. 13; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht (Fn. 18), § 11 Rn. 34; *Schulte-Nölke*, in: Schulze et al., Bürgerliches Gesetzbuch (Handkommentar), 7. Auflage 2012, § 929 Rn. 51; *Berger*, in: Jauernig (Fn. 10), § 929 Rn. 43.

30 Vgl. dazu *Stadler*, in: Jauernig (Fn. 10), § 275 Rn. 12; *Ernst*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 7. Aufl. 2016, § 275 Rn. 36.

31 *Schmidt-Kessel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB (Kommentar), 7. Aufl. 2012, § 283 Rn. 2; *Schulze*, in: NK-BGB (Fn. 21), § 283 Rn. 1.

IV. Vertretenmüssen

Schließlich müsste T das Leistungshindernis gem. § 280 I 2 auch zu vertreten haben. Dies ergibt sich aus § 276; Vorsatz und Fahrlässigkeit.[32] Vorliegend wurde die Leistung durch A und nicht durch T unmöglich gemacht. Einen Verbrauch durch einen anderen hat T nicht gem. §§ 280 I 2, 276 I S. 1 zu vertreten.

V. Ergebnis

A hat gegen T keinen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283.

Frage 1: Ansprüche des T gegen A

A. Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gem. § 433 II

T könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i. H. v. 75 Euro gem. § 433 II haben, wenn zwischen ihnen ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist.

I. Anspruch entstanden

Vorliegend ist ein Kaufvertrag zwischen T und A zustande gekommen[33], der Anspruch auf Kaufpreiszahlung ist somit entstanden.

II. Anspruch erloschen, § 326 I

Der Kaufpreisanspruch des T könnte gem. § 326 I 1 Hs. 1 erloschen sein, wenn T die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten unmöglich geworden ist. Dafür müsste zunächst ein gegenseitiger Vertrag vorliegen.[34] Dies ist durch den Kaufvertrag zwischen T und A erfüllt. Weiterhin müsste der Schuldner von seiner Leistungspflicht gem. § 275 I-III befreit sein.[35] Die Leistungspflicht des T ist vorliegend unmöglich geworden, § 275 I.[36] Mithin wäre der Anspruch des T erloschen. Allerdings bleibt der Anspruch gem. § 326 II 1 Alt. 1 bestehen, wenn der Schuldner das Leistungshindernis zu verantworten hat, wobei schon eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung ausreichend ist.[37] Vorliegend fährt A in der Absicht weg, ohne Kaufpreiszahlung das Benzin zu verbrauchen. Somit hat er sich des schuldhaft vertragswidrigen Verhaltens durch Verbrauch der Sache verantwortlich gemacht *[Ausdruck! – Anm. d. Red.]*. Eine Befreiung von der Gegenleistung nach § 326 I ist demnach ausgeschlossen.

III. Anspruch durchsetzbar, § 320 I 1

Der Kaufpreisanspruch des T könnte gem. § 320 I 1 wegen Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht durchsetzbar sein. Vorliegend könnte A die Leistung verweigern, weil T die Kaufsache zwar übergeben, aber nicht übereignet hat. Diese Verpflichtung steht dabei im Gegenseitigkeitsverhältnis.[38] Der Anspruch ist somit mangels anderweitiger Vereinbarung gem. § 320 I 1 nur Zug-um-Zug gegen Übereignung des Benzins durchsetzbar. Doppelter Zweck der Norm ist, den Anspruch des Schuldners und den Erfüllungszwang gegenüber dem Gläubiger zu sichern.[39] Diese Druckfunktion erlischt von Seiten des Gläubigers, wenn er seinerseits alles für die Leistung Erforderliche getan hat.[40] Vorliegend wurde das Benzin übergeben und soll aufschiebend bedingt nach § 449 I übereignet werden. Durch Zahlung des Kaufpreises erwirbt der Schuldner mit sofortiger Wirkung das Benzin, ohne dass es einer weiteren Handlung des Verkäufers bedarf.[41] Der Tankstellenbetreiber hat durch das Überlassen des Kraftstoffs bereits die Hauptpflicht des Verkäufers zur Besitzverschaffung nach § 433 I 1 erfüllt.[42] Eine Durchführung Zug-um-Zug nach § 320 *[§ 322 BGB – Anm. d. Red.]* ist mithin garantiert. Mangels anderweitiger Vereinbarung ist der Anspruch gem. § 271 I mit Abschluss des Vertrages auch sofort fällig. Der Anspruch des T auf Kaufpreiszahlung ist somit auch durchsetzbar.

IV. Ergebnis

T hat gegen A einen Anspruch auf Zahlung der 75 Euro aus § 433 II.

B. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, III, 281

T könnte gegen A statt der Leistung einen Schadensersatzanspruch i. H. v. 75 Euro nach §§ 280 I, III, 281 zustehen.

I. Anwendbarkeit

Vorliegend handelt es sich bei der Primärleistung um eine Zahlungsforderung. Fraglich ist, ob der Schadensersatz nach §§ 280 I, III, 281 bei Geldschulden anwendbar ist.

32 Vgl. *Unberath*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 283 Rn. 3; *Ernst*, in: MüKo BGB (Fn. 30), § 280 Rn. 63; *Stadler*, in: Jauernig (Fn. 10), § 280 Rn. 20.

33 Siehe Frage 1: Ansprüche A gegen T, A. I.

34 *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, 36. Aufl. 2012, § 22 Rn. 29; *Weiler*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 2013, § 30 Rn. 3; *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2014, Rn. 668; *Stadler*, in: Jauernig (Fn. 10), § 326 Rn. 5.

35 *Brox/Walker*, Schuldrecht AT (Fn. 34), § 22 Rn. 29; *Looschelders*, Schuldrecht AT (Fn. 34), Rn. 692; *Weiler*, Schuldrecht AT (Fn. 34), § 30 Rn. 1.

36 Siehe Frage 1: A gegen T, A. II. 2.

37 *Stadler*, in: Jauernig (Fn. 10), § 326 Rn. 14.

38 *Weiler*, Schuldrecht AT (Fn. 34), § 12 Rn. 10; vgl. *Brox/Walker*, Schuldrecht AT (Fn. 34), § 13 Rn. 14; *Looschelders*, Schuldrecht AT (Fn. 34), Rn. 347.

39 *Emmerich*, in: MüKo BGB (Fn. 30), § 320 Rn. 1; *Stadler*, in: Jauernig (Fn. 10), § 320 Rn. 3; *Faust* (Fn. 10), JuS 2011, 929 (932).

40 *Faust* (Fn. 10), JuS 2011, 929 (932).

41 *Faust* (Fn. 10), JuS 2011, 929 (932).

42 BGH, DAR 2011, 465.

§ 281 hat eine wesentliche Funktion bei Sachleistungsschulden.[43] Allerdings wird dem Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen ein Wahlrecht gelassen.[44] So kann er sich wegen Nichterfüllung der Hauptleistungspflicht dazu entscheiden, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu fordern.[45] Mithin ist § 281 anwendbar.

II. Schuldverhältnis, Grundtatbestand des § 280 I 1

Mit dem von T und A geschlossenen wirksamen Kaufvertrag liegt ein Schuldverhältnis als Voraussetzung[46] vor.

III. Pflichtverletzung

A müsste eine Leistungspflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. Pflichtverletzung ist das Zurückbleiben des Schuldners hinter seinem Pflichtenprogramm.[47] Vorliegend hat A die Kaufpreisforderung nicht erfüllt, eine Pflichtverletzung durch Nichterfüllung der Leistungspflicht ist mithin gegeben.

IV. Frist

T müsste grundsätzlich dem A nach § 281 I 1 eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Dies ist vorliegend nicht ersichtlich. Allerdings könnte die Frist nach § 281 II entbehrlich sein. So ist bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung des Schuldners eine Fristsetzung sinnlos.[48] Dabei sind an die Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen; die Weigerung des Schuldners muss als sein letztes Wort aufzufassen sein.[49] Vorliegend fährt A von der Tankstelle weg, ohne die Kaufpreiszahlung zu leisten. Die Anonymität des A stellt T zusätzlich zum Nichtleisten vor eine weitere Herausforderung. Es ist davon auszugehen, dass das Wegfahren des A als letztes Wort zu erfassen ist, er verweigert dadurch ernsthaft und endgültig die Leistung. Mithin ist eine Fristsetzung nach § 281 II entbehrlich.

V. Vertretenmüssen, §§ 280 I 2, 276 I

A müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. A fuhr vorsätzlich ohne zu bezahlen von der Tankstelle weg, sodass er die Pflichtverletzung nach §§ 280 I 2, 276 I zu vertreten hat.

VI. Schaden

Ferner müsste ein Schaden entstanden sein. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Vermögenseinbuße.[50] Dadurch, dass A das Benzin im Wert von 75 Euro nicht bezahlt hat, ist T ein Schaden in dieser Höhe entstanden. Mithin ist ein ersatzfähiger Schaden gegeben.

VII. Rechtsfolge

Nach § 281 kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Durch diesen Schadensersatz soll der Gläubiger so gestellt werden, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde.[51] Durch Zahlung der 75 Euro statt der Leistung wäre T genauso gestellt, wie wenn A der Kaufpreiszahlung nachgekommen wäre. Dabei ist gem. § 281 IV zu beachten, dass der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen ist, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt.

VIII. Ergebnis

T hat gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. § 280 I, III, 281 i. H. v. 75 Euro.

C. Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen aus §§ 288, 286

T könnte gegen A ein Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen aus §§ 288, 286 zustehen. *[Die Paragraphen sollten stets so exakt wie möglich zitiert werden – Anm. d. Red.]*

I. Geldschuld

Die Leistungspflicht des A hat eine Geldschuld zum Gegenstand.

II. Verzug, § 286

Zudem müssen die Verzugsvoraussetzungen nach § 286 vorliegen.

1. Fällige, durchsetzbare Leistungspflicht

Der Kaufpreisanspruch des T aus § 433 II war gem. § 271 I auch fällig und durchsetzbar.[52]

2. Vertretenmüssen des Verzugs

A hat nicht gezahlt, dies hat er gem. §§ 286 IV, 276 I zu vertreten.

43 *Ernst*, in: MüKo BGB (Fn. 30), § 281 Rn. 9.

44 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 5), § 281 Rn. 20; ebenso *Ernst*, in: MüKo BGB (Fn. 30), § 281 Rn. 9.

45 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 5), § 281 Rn. 5.

46 *Weiler*, Schuldrecht AT (Fn. 34), § 26 Rn. 240; *Looschelders*, Schuldrecht AT (Fn. 34), Rn. 578; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT (Fn. 34), § 23 Rn. 36.

47 Vgl. *Brox/Walker*, Schuldrecht AT (Fn. 34), § 23 Rn. 3; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 2012, Rn. 493; *Weiler*, Schuldrecht AT (Fn. 34), § 26 Rn. 8 f.

48 *Jacoby/von Hinden*, StuKo BGB (Fn. 6), § 281 Rn. 10; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 5), § 281 Rn. 14; *Ernst*, in: MüKo BGB (Fn. 30), § 281 Rn. 53.

49 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 5), § 281 Rn. 14.

50 *Weiler*, Schuldrecht AT (Fn. 34), § 42 Rn. 1; *Looschelders*, Schuldrecht AT (Fn. 34), Rn. 880.

51 BGH, BeckRS 2009, 6498 Rn. 20; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT (Fn. 34), § 23 Rn. 50; *Weiler*, Schuldrecht AT (Fn. 34), § 26 Rn. 28; *Ernst*, in: MüKo BGB (Fn. 30), § 281 Rn. 93; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 5), § 181 Rn. 17.

52 Siehe Frage 1: T gegen A, A. IV.

3. Mahnung, § 286 I

Eine Mahnung gem. § 286 I seitens des T liegt nicht vor. Diese könnte jedoch gem. § 286 II Nr. 3 entbehrlich sein, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Davon ist vorliegend auszugehen.[53] Mithin ist eine Mahnung des T entbehrlich.

III. Zinshöhe

Somit ist A als Verbraucher nach § 13 gem. § 288 I verpflichtet, den Kaufpreis mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 über die gesamte Verzugsdauer zu verzinsen. Der Basiszinssatz liegt seit dem 01.01.2017 bei -0,88 %, sodass T einen Verzugszins von 4,12 % verlangen kann.

IV. Ergebnis

Mithin hat T einen Anspruch auf Verzugszinsen gem. §§ 288 I, 286.

D. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 241 II

T könnte gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz i. H. v. 75 Euro aus §§ 280 I, 241 II haben.

I. Schuldverhältnis, § 280 I 1

Durch Kaufvertrag ist ein Schuldverhältnis zustande gekommen.

II. Verletzung einer nicht-leistungsbezogenen Nebenpflicht

Fraglich ist, inwieweit eine nicht-leistungsbezogene Nebenpflichtverletzung i. S. d. § 241 II entstanden sein könnte. Zunächst könnte als Nebenpflicht das vorherige Anmelden der Benutzung der Zapfsäule an der Kasse in Betracht gezogen werden. Dabei sollte beachtet werden, dass der Anspruch aus § 280 I unabhängig von der Hauptleistungspflicht bestehen muss.[54] Vorliegend würde eine Anmeldung an der Kasse lediglich dazu beitragen, die *[Durchsetzung der – Anm. d. Red.]* Kaufpreisforderung als Hauptleistungspflicht zu erleichtern.[55] Somit kann diese Handlung nicht als nicht-leistungsbezogene Nebenleistungspflicht angesehen werden. Weiterhin könnte eine Nebenpflichtverletzung durch das Verlassen der Tankstelle ohne vorherige Information über den Tankvorgang an den Tankstellenbetreiber in Betracht kommen. Dabei soll nicht der Zahlungsanspruch des Verkäufers, sondern der Zugriff auf das Benzin ermöglicht werden. Die Pflicht ist somit nicht rein leistungsbezogen.[56] A ist hier ohne Benachrichtigung des T von der Tankstelle weggefahren. Mithin wurde T die Sicherung des Benzins verwehrt. Eine Verletzung einer nicht-leistungsbezogenen Nebenpflicht ist somit erfüllt.

III. Vertretenmüssen

Die Nebenpflichtverletzung hat A auch zu vertreten, § 276 I. *[Auch hier wäre § 280 I 2 zu zitieren gewesen – Anm. d. Red.]*

IV. Schaden des Gläubigers

Fraglich ist zuletzt, ob auch ein Schaden entstanden ist. Als Vermögeneinbuße kommt vorliegend nur der tatsächliche Verlust der Möglichkeit des Zugriffs auf das getankte Benzin in Frage. *[Vertretbar!]* Diese Möglichkeit hat allerdings keinen Vermögenswert als solchen. Eine Vermögenseinbuße würde lediglich nur dann entstehen, wenn T einen möglichen Anspruch auf Herausgabe des Benzins verlieren würde. *[In Betracht kommt ein Schaden aufgrund des Eigentumsverlusts.]* Durch das Wegfahren des A entfällt ein solcher Anspruch allerdings nicht. Somit ist kein Schaden durch Verletzung der nicht-leistungsbezogenen Nebenpflicht entstanden.

V. Ergebnis

T hat gegen A keinen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 241 II i. H. v. 75 Euro.

E. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 990 I 1, 989

T könnte gegen A einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 990 I 1, 989 wegen Verbrauchs des Benzins haben.

I. Verschlechterung, Untergang, Unmöglichkeit der Herausgabe

Infolge des Sachuntergangs i. S. d. § 989, also des Verbrauchs der Sache, kann das Benzin nicht mehr herausgegeben werden, sodass anstelle des Anspruchs aus §§ 985, 986 nur noch ein Anspruch aus §§ 990, 989 in Betracht kommt.[57]

II. Vorliegen der Vindikationslage

Der Anspruch setzt weiterhin eine Vindikationslage nach § 985 zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung voraus.[58] Dafür müsste T *[im Zeitpunkt des Verbrauchs des*

53 Siehe Frage 1: T gegen A, B. IV.

54 *Faust* (Fn. 10), JuS 2011, 929 (930); *Westermann/Bydlinski/Weber*, BGB – Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2013, § 9 Rn. 22; *Looschelders*, Schuldrecht AT (Fn. 34), Rn. 565.

55 *Faust* (Fn. 10), JuS 2011, 929 (931).

56 *Faust* (Fn. 10), JuS 2011, 929 (931).

57 Vgl. *Baldus*, in: MüKo BGB (Fn. 18), § 989 Rn. 7; *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht (Fn. 17), § 22 Rn. 26; *Fritzsche*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 989 Rn. 7; *Bassenge*, in: Palandt (Fn. 5), § 989 Rn. 4; *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 16 Rn. 28.

58 *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht (Fn. 17), § 22 Rn. 25; *Fritzsche*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 989 Rn. 3; *Berger*, in: Jauernig (Fn. 10),

Kraftstoffes – Anm. der Red.] Eigentümer und A Besitzer ohne Recht zum Besitz sein.

1. Anwendbarkeit

Fraglich ist, ob dingliche Ansprüche neben vertraglichen Ansprüchen noch geltend gemacht werden können. Die *Lehre vom Vorrang des Vertragsverhältnisses* nach *Raiser* sieht eine Subsidiarität des § 985.[59] Gerade wenn ein wirksamer Vertrag vorläge, enthalte das Schuldrecht eigene Rückabwicklungen von Schuldverträgen.[60] Dagegen wird eine echte Anspruchskonkurrenz vertreten, wonach die Ansprüche jeweils nebeneinander anwendbar sind.[61] Begründet wird dies damit, dass mit Erlöschen des Besitzrechts Einwirkungsmöglichkeiten und Nutzungszuweisungen nicht mehr gewährt werden.[62] Um den besten Schutz zu garantieren, sollten schuldrechtliche und dingliche Ansprüche nebeneinander bestehen.

2. Eigentümerstellung des T

Als Tatbestandvoraussetzung ist erforderlich, dass T als Anspruchsteller auch Eigentümer der 50 Liter Benzin war. Ursprünglich war T Eigentümer der Sache. T könnte jedoch sein Eigentum an A verloren haben. Vorliegend wurde das Benzin aufschiebend bedingt gem. § 449 I übereignet.[63] Diese Bedingung der Kaufpreiszahlung ist nicht eingetreten. Somit ist T immer noch Eigentümer.

3. Besitz des A

A müsste Besitzer des Benzins sein. Aus § 854 I ergibt sich, dass Besitzer derjenige ist, der über die Sache die tatsächliche Sachherrschaft ausübt. Besitz ist also die tatsächliche Sachherrschaft, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, ohne dass es darauf ankommt, dass diese auch rechtlich gebilligt wird.[64] Tatsächliche Sachherrschaft erfordert i. d. R. die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken und andere von der Einwirkung auszuschließen.[65] Indem A durch Wegfahren das Benzin eigenmächtig transportierte und verbrauchte, hatte er die geforderte physische Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache, war mithin Besitzer des Benzins.

4. Kein Recht zum Besitz

Als weitere Tatbestandvoraussetzung dürfte A kein Recht zum Besitz zustehen. Mit Recht zum Besitz wird die Einwendung bezeichnet, die der Besitzer nach § 986 dem Herausgabeanspruch des Eigentümers entgegen halten kann.[66] Dabei kann sich ein Recht zum Besitz aus jedem Rechtsverhältnis ergeben, das gegenüber dem Eigentümer besteht.[67] Der zwischen T und A geschlossene Kaufvertrag gibt A demnach ein Recht zum Besitz des Benzins nach § 986 I 1 Alt. 1.

a) Nicht-so-berechtigter Besitzer

A könnte jedoch sein Besitzrecht überschritten haben. Durch das Wegfahren und den Verbrauch des Benzins versagte er dem T jede Möglichkeit des Zugriffs auf sein Eigentum. Das Besitzrecht des A könnte durch sein Verhalten als *nicht-so-berechtigter Besitzer* nachträglich entfallen sein. Bei dieser Figur hat der Besitzer ein Recht zum Besitz nach § 986, überschreitet aber die Grenzen seines vorhandenen Besitzrechts.[68] Demnach liegt kein Recht zu einem solchen Besitz vor. Daraus ergibt sich, dass bei der Überschreitung und den sich daraus ergebenden Schadensersatz- und Nutzungsherausgabeansprüchen die §§ 987 ff. analog angewendet werden sollen.[69]

Gegen diese Figur des *nicht-so-berechtigten Besitzers* spricht, dass insbesondere durch vertragliche Schadensersatzansprüche aus § 280 I 1 dieselben Rechtsfolgen erzielt werden können wie durch die §§ 987 ff. Es besteht mithin kein Bedürfnis, die §§ 987 ff. analog anzuwenden.[70] Ebenso ist festzustellen, dass A trotz Überschreiten des Besitzrechts immer noch ein Recht zum Besitz gem. § 986 hat.[71] Der Kaufvertrag endet nicht automatisch dadurch, dass A sein Besitzrecht exzessiv gebraucht.

Somit ist die Figur des *nicht-so-berechtigten Besitzers* abzulehnen. Mithin hätte A weiterhin ein Recht zum Besitz.

b) Aufschwingen vom Fremd- zum Eigenbesitzer

Fraglich ist, ob A durch das Aufschwingen vom Fremd- zum Eigenbesitzer sein Besitzrecht verloren haben könnte. Dies meint, dass der zu Beginn berechtigte Fremdbesitzer

§ 989 Rn. 1.

59 Vgl. *Baldus*, in: MüKo BGB (Fn. 18), § 985 Rn. 129 f.; *Gursky*, in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, Neubearbeitung 2011, § 985 Rn. 33.

60 Vgl. *Vieweg/Werner*, Sachenrecht (Fn. 18), § 8 Rn. 52; *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 59), § 985 Rn. 33.

61 BGH, NJW 1961, 499; BGH, NJW 1977, 31 (34); *Baldus*, in: MüKo BGB (Fn. 18), § 985 Rn. 132; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht (Fn. 18), § 30 Rn. 14; *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 15 Rn. 44; *Bassenge*, in: Palandt (Fn. 5), § 989 Rn. 1; *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 59), § 985 Rn. 32.

62 *Vieweg/Werner*, Sachenrecht (Fn. 18), § 8 Rn. 52.

63 Siehe Frage 1: A gegen T, A. II. 1. b.

64 Vgl. *Fritzsche*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 854 Rn. 3; *Lorenz*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch (Handkommentar), Bd. II, 13. Aufl. 2011, Vor § 854 Rn. 1; *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 5 Rn. 2.

65 Vgl. *Joost*, in: MüKo BGB (Fn. 18), § 854 Rn. 5; *Hoeren*, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Nomos-Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2013, § 854 Rn. 3; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht (Fn. 18), § 2 Rn. 1.

66 Vgl. BGH, NJW 1999, 3716 (3717); *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht (Fn. 17), § 21 Rn. 20; *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB (Fn. 29), § 986 Rn. 1.

67 Vgl. *Westermann*, Sachenrecht, 12. Aufl. 2012, § 10 Rn. 29; *Schanbacher*, in: NK-BGB (Fn. 65), § 986 Rn. 2; *Ebbing*, in: Erman (Fn. 64), § 986 Rn. 2; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 4.

68 *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB (Fn. 29), vor § 978 Rn. 11; *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 16 Rn. 7.

69 *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 59), Vorbem. zu §§ 897-993 Rn. 16.

70 Vgl. BGH, NJW 2002, 60 (61); *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB (Fn. 29), vor § 978 Rn. 11.

71 Vgl. *Spohnheimer*, in: Gsell/Krüger/Lorenz et al., BGB, beck-online.Großkommentar, 2017, § 987 Rn. 20.

seinen Besitzwillen in Richtung Eigenbesitz ändert.[72] Eigenbesitzer ist derjenige, der eine Sache i. S. d. § 872 als ihm gehörig besitzt und sie dementsprechend so nutzt und handhabt, als ob sie ihm gehöre.[73] Fremdbesitz bedeutet fremden Oberbesitz anzuerkennen.[74] Als Käufer, der den Besitz vom Verkäufer erhalten hat, war A durch Anwartschaftsrecht aus dem Eigentumsvorbehalt unmittelbarer Fremdbesitzer.[75] Durch das Verbrauchen des Benzins handelte A wie ein Eigentümer, sodass in diesem Augenblick rechtmäßiger Fremdbesitz in unrechtmäßigen Eigenbesitz umgewandelt wurde.

Fraglich ist, ob diese Rechtsfigur des Aufschwingens zum nicht berechtigten Eigenbesitzer überhaupt auf die §§ 987 ff. anwendbar ist.

Einer Ansicht zufolge werden die §§ 987 ff. auf den Fall des unberechtigten Eigenbesitzers angewendet.[76] Dies wird mit der Wesensverschiedenheit der beiden Besitzarten erklärt, weshalb der Aufschwung zum Eigenbesitz als neuer Besitzerwerb gewertet wird.[77]

Dagegen spricht eine andere Ansicht, nach der die Änderung des Besitzwillens keine Auswirkung auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes hat, weshalb das EBV nicht anwendbar sei.[78] Es liege demnach keine selbstständige Besitzbegründung vor.[79]

Demgegenüber ist einzuwenden, dass gem. §§ 937 ff. derjenige das Eigentum gewinnt, der eine ausreichende Zeit Eigenbesitz an der Sache hat. Dagegen ist der Verlust des Eigentums an den Fremdbesitzer nicht möglich.[80] Demnach ist auch ein Vergleich mit dem *nicht-so-berechtigten Besitzer* nicht möglich, da dieser weiterhin als Fremdbesitzer sein Besitzrecht nur überschreitet.[81] Mithin wäre das Besitzrecht beim aufgeschwungenen Eigenbesitzer als unberechtigt anzusehen, die §§ 987 ff. sind somit anwendbar.

Problematisch ist allerdings vorliegend, wie es zu bewerten ist, dass A seinen Willen nicht vom Fremd- zum Eigenbesitzer änderte, sondern von Anfang an vorhatte, das Benzin als Eigenbesitz zu verwenden. Fraglich ist, ob dies als Aufschwingen bewertet werden könnte. Die vorliegende Handlung sollte sich allerdings nicht dahingehend auswirken, dass dem von vornherein unberechtigt als Eigenbesitzer Besitzenden ein Besitzrecht zusteht. Nur weil der Fremdbesitzer zum Besitz ermächtigt ist, bedeutet es nicht, dass dieser auch zum Eigenbesitz berechtigt ist.[82] Dem Besitzer fehlt demnach von vornherein ein Recht zum Besitz.[83] Dies lässt sich auch aus einem Erst-Recht-Schluss ableiten. Wenn die §§ 987 ff. auch auf den Besitzer anwendbar sind, der sich während seines Besitzes zum Eigenbesitzer aufschwingt, so sollten diese erst Recht auf den anwendbar sein, der es schon von Anfang an vorhatte. *[Vertretbar]* Somit fehlt A das Recht zum Besitz.

5. Zwischenergebnis

Mithin ist T weiterhin Eigentümer und A Besitzer ohne Recht zum Besitz. Die Vindikationslage besteht somit.

III. Bösgläubiger oder verklagter Besitzer

Es müsste Rechtshängigkeit nach § 989 eingetreten sein oder A müsste beim Erwerb durch Wissen des fehlenden Besitzrechts[84] nach § 990 I im bösen Glauben gewesen sein. Gutgläubig ist der unrechtmäßige Eigenbesitzer nur, wenn er beim Besitzerwerb ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen hat, Eigentümer der Sache zu sein oder durch Besitzerwerb zu werden.[85] Vorliegend fuhr A in dem Wissen, das Benzin für sich besitzen zu wollen ohne auf vertragliche oder dingliche Ansprüche des T einzugehen, an die Tankstelle und handelte somit bösgläubig.

IV. Verschulden

In dem Wissen, das Benzin auch verbrauchen zu wollen, handelte A auch vorsätzlich i. S. d. §§ 989, 276[86] bzgl. des Untergangs der Sache.

V. Schaden

Durch die Unmöglichkeit der Herausgabe ist ein Schaden von 75 Euro entstanden.

VI. Ergebnis

Somit haftet A dem T auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 I 1 i. H. d. objektiven Wertes von 75 Euro.

72 *Fritzsche*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 987 Rn. 16.

73 *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 5 Rn. 15; *Prütting*, in: ders./Wegen/Weinreich (Rn. 31), § 872 Rn. 2.

74 *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 5 Rn. 15; Vgl. *Hoeren*, in: NK-BGB (Fn. 65), § 872 Rn. 3; *Bund*, in: Staudinger (Fn. 59), § 872 Rn. 2.

75 Vgl. *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht (Fn. 17), § 14 Rn. 20.

76 Vgl. BGH, NJW 1960, 192 (192 f.); *Fritzsche*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 987 Rn. 16 f.; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht (Fn. 18), § 31 Rn. 7; *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 59), § 990 Rn. 29.

77 Vgl. BGH, NJW 1960, 192 (193); *Fritzsche*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 987 Rn. 16 f.

78 *Bassenge*, in: Palandt (Fn. 5), vor § 987 Rn. 9; *Baur/Stürner*, Sachenrecht (Fn. 67), § 11 Rn. 27; *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 16 Rn. 10.

79 Vgl. *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB (Fn. 29), vor § 978 Rn. 11; *Jauernig*, in: Jauernig (Fn. 10), vor §§ 987-993 Rn. 7; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht (Fn. 18), § 8 Rn. 14.

80 *Spohnheimer*, in: BeckOGK BGB (Fn. 71), § 987 Rn. 21.

81 *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 16 Rn. 10; vgl. *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 59), § 990 Rn. 30.

82 *Spohnheimer*, in: BeckOGK BGB (Fn. 71), § 987 Rn. 21.

83 *Spohnheimer*, in: BeckOGK BGB (Fn. 71), § 987 Rn. 21.

84 *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB (Fn. 29), § 990 Rn. 2; *Schanbacher*, in: NK-BGB (Fn. 65), § 990 Rn. 3; *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht (Fn. 17), § 22 Rn. 6; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht (Fn. 18), § 8 Rn. 11.

85 *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 59), § 990 Rn. 12.

86 Vgl. *Englert*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Rn. 31), § 989 Rn. 7; *Westermann*, Sachenrecht (Fn. 67), § 10 Rn. 106; *Schanbacher*, in: NK-BGB (Fn. 65), § 990 Rn. 23.

F. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 992, 823 I

T könnte gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verbrauchs des Benzins aus §§ 992, 823 I haben.

I. Vindikationslage

Eine Vindikationslage besteht.[87]

II. Durch Straftat oder verbotene Eigenmacht, § 992

Der Besitz müsste durch Straftat oder verbotene Eigenmacht erlangt worden sein. Verbotene Eigenmacht würde voraussetzen, dass A dem Vorbesitzer T die Sachen gegen oder zumindest ohne dessen Willen gem. § 858 I entzogen hat. Täuschungen sind dabei unerheblich.[88] Vorliegend hat T den A willentlich das Benzin zapfen lassen. Mithin hat A nicht durch verbotene Eigenmacht gehandelt.

Fraglich ist, ob A eine Straftat begangen hat. Damit ist jede von öffentlicher Strafe bedrohte Handlung im Gegensatz zur bloßen Ordnungswidrigkeit gemeint.[89] Vorliegend kommt ein Betrug nach § 263 StGB in Betracht. Dieser setzt bei der Täuschungshandlung und Irrtumserregung ein Mindestmaß an kommunikativer Einwirkung voraus.[90] Dies ist der Fall, wenn der Tankende durch sein Verhalten den Eindruck erweckt, er werde die Rechnung bezahlen.[91] Vorliegend blieb A allerdings unbemerkt, sodass ein Einfluss auf die Willensbildung und eine daraus resultierende Vermögensverfügung des T nicht möglich erscheint. Demnach ist von einem Straftatbestand des versuchten Betruges nach §§ 263 I, II, 22, 23 I StGB auszugehen.[92] *[Es handelt sich vielmehr um eine vollendete Unterschlagung.]* A handelte dabei auch mit Tatentschluss, rechtswidrig und schuldhaft. Mithin liegt eine erforderliche Straftat nach § 992 vor.

III. Erfüllung des Tatbestandes nach § 823 I

Des Weiteren müsste der Tatbestand des § 823 I erfüllt sein. Dafür müsste eine rechtswidrige und schuldhafte Eigentumsverletzung vorliegen. Somit müsste in die Befugnisse des Eigentümers eingegriffen worden sein, vgl. § 903.[93] Vorliegend griff A durch Sachentziehung und Verbrauch in das Eigentum des T ein. Mithin liegt eine Rechtsgutsverletzung vor. Diese müsste auf einer Verletzungshandlung beruhen. Eine Verletzungshandlung ist jedes bewusstseins- und willensgelenkte Handeln oder Unterlassen.[94] A handelte durch das Wegfahren von der Tankstelle unproblematisch bewusstseins- und willensgelenkt. Diese Handlung ist auch kausal für die Rechtsgutsverletzung. A handelte dabei rechtswidrig, verschuldensfähig gem. § 827 und vorsätzlich gem. § 276. Durch die Eigentumsverletzung des A entstand dem T ein Schaden i. H. v. 75 Euro. Demnach liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 823 I vor.

IV. Ergebnis

T hat gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 992, 823 I.

G. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 992, 826

T könnte darüber hinaus einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 992, 826 haben. Die Voraussetzungen des § 992 liegen dabei vor.[95] § 826 verpflichtet denjenigen, der einen anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich schädigt, zum Ersatz des hieraus resultierenden Schadens.[96] Fraglich ist, ob die Handlung des A gegen die guten Sitten verstößt. Dafür müsste sie dem *Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden* widersprechen.[97] A machte sich gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I StGB wegen versuchten Betruges strafbar. Die Erfüllung eines Straftatbestandes stellt aus jeder möglichen gesellschaftlichen Betrachtung heraus einen Sittenverstoß i. S. d. § 826 dar. Der Tatbestand erfüllt auch den Vorsatz. Der Schaden ist in der noch nicht realisierten Kaufpreisforderung von 75 Euro des T zu sehen. Mithin hat T gegen A einen Anspruch gem. §§ 992, 826.

H. Anspruch auf Herausgabe aus § 1007 I

T könnte einen Anspruch auf Herausgabe gegen A gem. § 1007 I haben. Dies setzt voraus, dass T eine bewegliche Sache in Besitz hatte, die er nur von A herausverlangen kann, wenn dieser nicht im guten Glauben war. Vorliegend war T vorheriger Besitzer des Benzins und A als neuer Besitzer nicht besitzberechtigt, somit

87 Siehe Frage 1: T gegen A, E. 5.

88 Vgl. *Joost*, in: MüKo BGB (Fn. 18), § 858 Rn. 7.

89 *Gursky*, in: Staudinger (Fn. 59), § 992 Rn. 13; *Baldus*, in: MüKo BGB (Fn. 18), § 992 Rn. 7; *Fritzsche*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 992 Rn. 8.

90 *Rebler* (Fn. 20), JA 2013, 179 (181); vgl. *Beukelmann*, in: Heintschel-Heinegg et al., Beck'scher Online Kommentar StGB, 33. Edn. 2016, § 263 Rn. 86.

91 *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (Kommentar), 29. Aufl. 2015, § 263 Rn. 63b.

92 So auch BGH, NJW 2012, 1096 (1096 f.); vgl. auch *Lange/Trost* (Fn. 21), JuS 2003, 961 (961 f.).

93 *Staudinger*, in: Hk-BGB (Fn. 29), § 823 Rn. 12; *Teichmann*, in: Jauernig (Fn. 10), § 823 Rn. 6; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 12. Aufl. 2013, Rn. 144.

94 *Wagner*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. V, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 63; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Rn. 31), § 823 Rn. 5; *Staudinger*, in: Hk-BGB (Fn. 29), § 823 Rn. 46.

95 Siehe Frage 1: T gegen A, E. I und II.

96 Vgl. *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2015, Rn. 1288 f.; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht (Fn. 93), Rn. 252; *Teichmann*, in: Jauernig (Fn. 10), § 826 Rn. 4.

97 BGH, NJW 1991, 913 (914); *Förster*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 826 Rn. 10; *Staudinger*, in: Hk-BGB (Fn. 29), § 826 Rn. 6; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht (Fn. 93), Rn. 254.

bösgläubig.[98] Allerdings greift bei Aufgabe des Besitzes ein Ausschluss i. S. d. § 1007 III 1 Alt. 2 ein. T gab freiwillig die unmittelbare Sachherrschaft[99] über das Benzin gem. § 856 auf. Mithin greift der Ausschlussgrund des § 1007 III. Demnach hat T keinen Herausgabeanspruch aus § 1007 I.

I. Anspruch auf Herausgabe aus § 812 I 1 Alt. 1

T könnte gegen A einen Anspruch auf Herausgabe des Erlangten aus § 812 I 1 Alt. 1 haben.

I. Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts

Fraglich ist, ob das Bereicherungsrecht hier überhaupt anwendbar ist. Nach § 993 I Hs. 2 entfalten die §§ 987 ff. zwar grundsätzlich eine Sperrwirkung gegenüber anderen Ansprüchen auf Nutzungs- und Verwendungsersatz, gegenüber Ansprüchen auf Wertersatz wegen Veräußerung oder Verbrauchs einer Sache gilt dies jedoch nicht.[100] In diesem Fall hat A das Benzin restlos verbraucht. Ein etwaiger bereicherungsrechtlicher Anspruch kann daher nur auf Wertersatz gem. § 818 II zielen. Somit ist das Bereicherungsrecht hier anwendbar.

II. Etwas erlangt

A müsste zunächst etwas erlangt haben. Der Bereicherungsgegenstand kann jeder Vermögensvorteil sein.[101] A hat den Besitz des Benzins und damit einen Vermögensvorteil erlangt.

III. Durch Leistung eines anderen

Den Besitz müsste A durch Leistung des T erlangt haben. Als Leistung wird jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens bezeichnet.[102] A erlangte den Besitz des Benzins durch das Einfüllen in den Tank seines Autos. Fraglich ist, ob dies als Leistung des T angesehen werden kann. Indem T dem A das Benzin jedoch zum selbständigen Zapfen überließ, wollte er einen in seiner Vorstellung mit A geschlossenen Vertrag erfüllen. Er hatte auch ein generelles Bewusstsein, allen Kunden, die bei ihm Benzin tanken, in Erfüllung eines Vertrages Besitz an dem Benzin zu verschaffen. T mehrte insofern bewusst und zweckgerichtet das Vermögen des A. Eine Leistung liegt somit vor.

IV. Ohne rechtlichen Grund

Die Leistung des T müsste schließlich ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Leistung kein schuldrechtliches Kausalverhältnis zu Grunde liegt.[103] Hier hatten T und A allerdings einen Kaufvertrag geschlossen, der T auch zur Übergabe des Benzins verpflichtete. Ein rechtlicher Grund lag also vor.

V. Ergebnis

T hat gegen A keinen Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1.

J. Anspruch auf Herausgabe aus § 812 I 2 Alt. 1

Ein Anspruch auf Herausgabe nach § 812 I 2 Alt. 1 wegen späteren Wegfalls des rechtlichen Grundes kommt vorliegend wegen Fortbestehens des Kaufvertrages zwischen A und T nicht in Frage.

K. Anspruch auf Herausgabe aus § 812 I 2 Alt. 2

Dieser Anspruch besteht, wenn der Schuldner etwas durch Leistung des Gläubigers erlangt hat und der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. A hat durch Leistung des T den Besitz am Benzin erlangt. Fraglich ist, ob die Nichtzahlung des Kaufpreises durch A als Nichteintritt des bezweckten Erfolges gesehen werden kann. Der bezweckte Erfolg muss über die in gewöhnlichen Schuldverhältnissen ohnehin geltenden Obliegenheiten hinausgehen.[104] Die Bezahlung ist Teil der Pflichten aus dem Kaufvertrag und somit nicht über das Schuldverhältnis hinausgehend. Demnach besteht kein Anspruch aus § 812 I 2 Alt. 2.

L. Anspruch auf Herausgabe aus § 812 I 1 Alt. 2

Die Nichtleistungskondiktion gem. § 812 I 1 Alt. 2 ist gegenüber der Leistungskondiktion subsidiär.[105] Aufgrund der Leistung des T kommt ein Herausgabeanspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 nicht in Betracht.

[Die Lösungsskizze sah überdies die kurze Prüfung eines Anspruchs aus § 813 BGB vor – Anm. d. Red.]

98 Siehe Frage 1: T gegen A, E. III.

99 Vgl. *Fritzsche*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 1007 Rn. 18.

100 *Vieweg/Werner*, Sachenrecht (Fn. 18), § 8 Rn. 58; *Prütting*, Sachenrecht, 36. Aufl. 2017, § 48 Rn. 544; *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 16 Rn. 108.

101 *Schwab*, in: MüKo BGB (Fn. 94), § 812 Rn. 3; *Stadler*, in: Jauernig (Fn. 10), § 812 Rn. 8; *Förster*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2012, Rn. 1063.

102 BGH, NJW 1972, 864 (865); *Wiese/Schulze*, in: Hk-BGB (Fn. 29), § 812 Rn. 5.

103 Vgl. *Wendehorst*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 812 Rn. 59; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 39. Aufl. 2015, § 40 Rn. 24; *Peifer*, Schuldrecht – Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2014, § 10 Rn. 1.

104 BGH, NJW 1992, 2690 (2690); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I AT (Fn. 47), Rn. 1143; *Peifer*, Schuldrecht (Fn. 103), § 9 Rn. 11.

105 BGH, NJW 2005, 60 (60); *Looschelders*, Schuldrecht BT (Fn. 96), Rn. 1060; *Förster*, Schuldrecht BT (Fn. 101), Rn. 1130.

Frage 2: Ansprüche des A gegen T

A könnte gegen T einen Anspruch auf Übereignung der 10 Liter Benzin gem. § 433 I 1 haben. Dabei ist der Anspruch aus Kaufvertrag entstanden.[106] Fraglich ist, ob er im vorliegenden Fall durch Erfüllung gem. § 362 I erloschen sein könnte. Dies könnte hier durch Eigentumsübergang kraft Gesetzes nach §§ 947, 948 I durch die Vermischung des Benzins von A und T geschehen sein. Zu beachten ist allerdings, dass Erfüllung nur bejaht werden kann, wenn der Leistungserfolg auf dem Handeln des Schuldners beruht.[107] Ein Eigentumsübergang kraft Gesetzes ist nicht auf die Handlung des T zurückzuführen. Demnach liegt ein Erlöschen des Anspruchs nur aus § 275 I wegen des Verbrauchs des Benzins vor, sodass wie bei Frage 1 weder ein Anspruch aus § 433 I 1 noch aus §§ 280 I, III, 283 vorliegt. *[Diese Prüfung hätte durchaus ausführlicher ausfallen können – Anm. d. Red.]*

Frage 2: Ansprüche des T gegen A

A. Vertragliche Ansprüche

Die Veränderung der Menge des getankten Benzins im Verhältnis zum sich schon im Tank befindlichen Benzin ändert nichts an den vertraglichen Primär- und Sekundäransprüchen zu Frage 1. Demnach hat T gegen A auch im vorliegenden Fall einen Anspruch aus Kaufvertrag nach § 433 II, ebenso einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 280 I, II, 281 und auf Zahlung der Verzugszinsen nach §§ 288, 286. *[Auch diese Prüfung hätte, um Ungenauigkeiten zu vermeiden, ausführlicher erfolgen müssen, da im Anspruch aus § 433 II BGB vorliegend die Frage der Verantwortlichkeit des A i.S.d. § 326 II 1 Alt. 1 BGB diskussionswürdiger war. Der einfache Verweis nach oben genügt nicht. Dies liegt daran, dass in Frage 2 die Unmöglichkeit an einen anderen Umstand zu knüpfen ist als in Frage 1. Zudem war als Anspruchsgrundlage §§ 280 I, 241 II BGB ebenfalls zu thematisieren – Anm. d. Red.]*

B. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 990 I 1, 989

T könnte gegen A einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 990 I 1, 989 wegen Verbrauchs des Benzins haben.

I. Vorliegen der Vindikationslage, § 985

T müsste Eigentümer und A Besitzer ohne Recht zum Besitz sein.

Ursprünglich war T Eigentümer der 10 Liter Benzin. Durch Rechtsgeschäft i. S. d. § 929 S. 1 hat T vorliegend sein Eigentum nicht an A verloren.[108] In Betracht kommt demnach ein Eigentumserwerb nach §§ 947, 948 I durch Vermischung des getankten Benzins des T und der sich noch im Auto des A befindlichen 50 Liter Benzin. Vermischung ist die Verarbeitung von Flüssigkeiten, durch die diese ihre körperliche Abgrenzung verlieren.[109] Die 10 Liter Benzin haben sich durch den Tankvorgang untrennbar mit den in dem Tank des A befindlichen 50 Litern verbunden, mithin haben sie ihre körperliche Abgrenzung verloren. Vermischung liegt somit vor. Zu unterscheiden ist nun, ob sich das Verhältnis in Haupt- und Nebensache unterteilen lässt, gem. § 947 II. Eine Hauptsache liegt nur vor, wenn die übrigen Bestandteile so entbehrlich sind, dass sie das Wesen der Sache nicht beeinträchtigen.[110] Die 10 Liter des T könnten demnach relativ zur Benzinmenge im Tank als Nebensache i. S. d. § 947 II angesehen werden, somit hätte T sein Eigentum verloren, A wäre nun Alleineigentümer. Kann man das Benzin im Tank des A dagegen nicht als Hauptsache ansehen, so sind A und T Miteigentümer i. S. d. § 947 I der Gesamtmenge Benzin im Tank des A geworden.

Fraglich ist, ob bei der Vermischung von gleichartigen Flüssigkeiten eine Differenzierung in Haupt- und Nebensache angemessen ist.

Einer Ansicht zufolge gibt es keine Haupt- oder Nebensache, da die Realteilung problemlos möglich erscheint. Für eine Bevorzugung eines mengenmäßigen Übergewichts gebe es kein sachliches Bedürfnis.[111] Man könne gem. § 749 die Miteigentümereigenschaft aufheben, wobei es nicht darum gehe, exakt die Teile zurückzuerhalten, die man vorher besaß.[112]

Dagegen spricht eine andere Ansicht, nach der eine Differenzierung nur bei einem sehr großen Mengenunterschied besteht.[113] Dafür spreche vor allem der Sinn und Zweck der §§ 946 ff., durch die die Zerschlagung wirtschaftlicher Einheiten verhindert werden solle.[114] Beachtenswert ist dabei, dass Alleineigentum nur angenommen werden könne, wenn die Nebensache als bloße *Zutat* bei der Vermischung angesehen werde.[115] Eine dingliche

106 Siehe Frage 1: A gegen T, A. I.

107 *Looschelders*, Schulrecht AT (Fn. 34), Rn. 344; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 5), § 362 Rn. 2; *Fetzer*, in: MüKo BGB (Fn. 30), § 362 Rn. 2.

108 Siehe Frage 1: A gegen T, A. II. 1. b.

109 *Berger*, in: Jauernig (Fn. 10), § 948 Rn. 1; *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 10 Rn. 17.

110 *Prütting*, in: ders./Wegen/Weinreich (Rn. 31), § 947 Rn. 3; *Füller*, in: MüKo BGB (Fn. 18), § 948 Rn. 6.

111 *Ebbing*, in: Erman (Fn. 64), § 948 Rn. 6; *Baur/Stürner*, Sachenrecht (Fn. 67), § 53 Rn. 11; *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 10 Rn. 18; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht (Fn. 18), § 6 Rn. 15; *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht (Fn. 17), § 9 Rn. 27; *Füller*, in: MüKo BGB (Fn. 18), § 948 Rn. 6; *Kindl*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 948 Rn. 6.

112 Vgl. *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht (Fn. 17), § 9 Rn. 27.

113 Vgl. *Bassenge*, in: Palandt (Fn. 5), § 948 Rn. 4; *Wiegand*, in: Staudinger (Fn. 59), § 948 Rn. 8; *Prütting*, in: ders./Wegen/Weinreich (Rn. 31), § 949 Rn. 4; *Mauch*, in: NK-BGB (Fn. 65), § 948 Rn. 3; *Lange/Trost* (Fn. 21), JuS 2003, 961 (964).

114 *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 11 II 3b; *Lange/Trost* (Fn. 21), JuS 2003, 961 (964).

115 *Mauch*, in: NK-BGB (Fn. 65), § 948 Rn. 3; vgl. *Pikart*, in: Augustin/Kregel/ders., Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs (Kommentar), Bd. III, 12. Aufl. 1979, § 948 Rn. 14.

Rechtsposition sei nicht notwendig, es reiche ein Ausgleichsanspruch nach § 951 S. 1 aus.[116]

Fraglich ist, wie das Verhältnis 10:50 im vorliegenden Fall zu bewerten ist. Dabei ist die Entscheidung im Einzelfall nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen.[117] *Lange/Trost* ziehen eine Grenze von höchstens 10% der zugetankten Menge als Nebensache. Dies wird damit begründet, dass es einer *klaren und handhabbaren Grenzlinie* bedarf.[118] Vorliegend umfasst das hinzugetankte Benzin 20% der ursprünglichen Tankfüllung, sodass dieser Grenzwert um das Doppelte überschritten wird. Dieser Grenzziehung ist entgegenzuhalten, dass eine Bewertung immer nach dem Einzelfall vorzunehmen ist und eine allgemein festgelegte Grenze willkürlich erscheint. Im vorliegenden Fall kann man ein deutliches Überwiegen der ursprünglichen Tankfüllung, die das Fünffache des Hinzugetankten beträgt, annehmen. Bei 10 Litern kommt man in einen Bereich, bei dem ein Auto lediglich auf Reserve läuft, sodass diese Menge gegenüber den 50 Litern nur einen unerheblichen Anteil der gesamten Tankfüllung ausmacht. Folglich sind die 50 Liter als Hauptsache und die 10 Liter als Nebensache anzusehen. Somit ist A kraft Gesetzes gem. §§ 947 I, 948 Eigentümer der 10 Liter geworden. Mithin ist T kein Eigentümer und eine Vindikationslage liegt nicht vor.

II. Ergebnis

Mithin hat T gegen A keinen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 990 I 1, 980 wegen Verbrauchs des Benzins.

C. Anspruch auf Ausgleich des Rechtsverlusts aus §§ 951 I 1, 812 I 1 Alt. 2, 818 II

T könnten gegen A einen Anspruch auf Ausgleich des Rechtsverlustes von 15 Euro nach §§ 951 I 1, 812 I 1 Alt. 2, 818 II haben.

I. Rechtsverlust infolge der §§ 946 ff.

T hat aufgrund der §§ 947 II, 948 I einen Rechtsverlust erlitten.

II. Tatbestand des § 812 I 1 Alt. 2

Weiterhin müsste der Tatbestand des § 812 1 Alt. 2 als Eingriffskondiktion erfüllt sein. Dafür müsste das Eigentum an der Sache ohne rechtlichen Grund infolge der gesetzlichen Wirkung der §§ 946 ff. und somit in sonstiger Weise auf Kosten des Rechtsinhabers erlangt worden sein.[119] Dies wäre nicht der Fall, wenn sich der auszugleichende Rechtserwerb als Leistung darstellt, dann wäre die Anwendbarkeit des § 951 überhaupt fraglich.[120] Nach dem bewussten Willen, als zwingende Voraussetzung einer Leistungskondiktion[121], des T sollte ein Eigentumserwerb bis zur Kaufpreiszahlung gerade nicht geschehen. Somit liegt keine Leistung vor. Folglich hat A das Eigentum an dem Benzin durch gesetzlichen Eigentumsübergang und somit in sonstiger Weise auf Kosten des T erlangt. Für die Vermischung liegt daher kein Vertrag, also kein rechtlicher Grund vor.

III. Rechtsfolge

Demnach hat T gegen A einen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 951 I 1, 812 I 1 Alt. 2, 818 II i. H. d. objektiven Wertes[122].

IV. Ergebnis

T hat gegen A einen Anspruch auf Ausgleich des Rechtsverlustes i. H. v. 15 Euro nach §§ 951 I 1, 812 I 1 Alt. 2, 818 II.

D. Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 I

T könnte gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I i. H. v. 15 Euro wegen Eigentumsverlusts haben. Diesen Anspruch kann er grundsätzlich gem. § 951 II 1 geltend machen. Als Eigentumsverletzung gilt auch ein schuldhaft herbeigeführter Rechtsverlust nach den §§ 946 ff.[123] Rechtsgutverletzung ist demnach vorliegend der Verlust des Eigentums durch den Tankvorgang gem. §§ 947 II, 948 I. Dies geschah auch kausal durch positives Tun des A. Fraglich ist, ob dieses Handeln auch rechtswidrig war. In Betracht kommt vorliegend eine Einwilligung des T durch das Zapfenlassen. Dabei gilt, dass demjenigen, der in das zur Verletzung führende Verhalten einwilligt, kein Unrecht geschieht.[124] T möchte seine vertraglichen Pflichten erfüllen und verschafft A daher die Möglichkeit, das Benzin in den Tank zu füllen und zu vermischen. Damit hat er in das zur Verletzung führende Verhalten eingewilligt. Folglich hat T gegen A keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 I i. H. d. 15 Euro.

116 Vgl. *Lange/Trost* (Fn. 21), JuS 2003, 961 (964).

117 *Pikart*, in: BGB-RGRK (Fn. 115), § 948 Rn. 14; *Ebbing*, in: Erman (Fn. 64), § 948 Rn. 6; *Prütting*, in: ders./Wegen/Weinreich (Rn. 31), § 947 Rn. 3.

118 *Lange/Trost* (Fn. 21), JuS 2003, 961 (964).

119 *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht (Fn. 17), § 10 Rn. 4; *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB (Fn. 29), § 951 Rn. 1.

120 Vgl. *Vieweg/Werner*, Sachenrecht (Fn. 18), § 6 Rn. 21; *Kindl*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 951 Rn. 2; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht (Fn. 18), § 54 Rn. 2.

121 *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I AT (Fn. 47), Rn. 1127; *Förster*, Schuldrecht BT (Fn. 101), Rn. 1067; *Brox/Walker*, Schuldrecht BT (Fn. 103), § 40 Rn. 8.

122 Vgl. *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht (Fn. 17), § 951 Rn. 4; *Füller*, in: MüKo BGB (Fn. 18), § 951 Rn. 24; *Prütting*, in: ders./Wegen/Weinreich (Rn. 31), § 951 Rn. 8.

123 BGH, DNotZ 1991, 809 (810); *Wagner*, in: MüKo BGB (Fn. 94), § 823 Rn. 224; *Teichmann*, in: Jauernig (Fn. 10), § 823 Rn. 10.

124 *Peifer*, Schuldrecht (Fn. 103), § 3 Rn. 78; vgl. *Förster*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 823 Rn. 16; *Teichmann*, in: Jauernig (Fn. 10), § 823 Rn. 47 ff.

E. Anspruch auf Schadensersatz aus § 826

T hat gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 826. Die veränderte Eigentümerstellung ändert dabei nichts an der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung.[125]

Frage 3: Ansprüche des A gegen T

In der vorliegenden Konstellation bei einer getankten Menge Benzin von 30 Litern verändern sich die vertraglichen Ansprüche des A nicht, sodass er weiterhin keinen Anspruch aus § 433 I 1 oder §§ 280 I, III, 283 hat.

[Die Lösungsskizze sah zusätzlich eine Prüfung des Anspruchs aus § 951 BGB vor – Anm. d. Red.]

Frage 3: Ansprüche des T gegen A

A. Vertragliche Ansprüche

Demzufolge bleiben T weiterhin die Ansprüche aus §§ 433 II, 280 I, II, 281 und §§ 288, 286.

[Eine Prüfung der Ansprüche aus §§ 280 I, 241 II BGB und §§ 280 I, III, 283 BGB war vorliegend auch vorgesehen – Anm. d. Red.]

B. Anspruch aus §§ 990, 989

T könnte gegen A einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 990 I 1, 989 wegen Verbrauchs des Benzins haben.

I. Vorliegen der Vindikationslage, § 985

T müsste Eigentümer und A Besitzer ohne Recht zum Besitz sein. Ursprünglich war T Eigentümer der von A getankten 30 Liter Benzin. In Betracht kommt ein Eigentumsverlust nach §§ 947, 948 I. Vorliegend kommt es zu einer Vermischung mit einem jeweiligen Anteil von 50%. Demnach kann keiner der beiden Anteile als Hauptsache angesehen werden, weshalb Alleineigentum nach § 947 II ausgeschlossen wird. Mithin werden die bisherigen Eigentümer jeweils zur Hälfte Miteigentümer, vgl. § 947 I. Miteigentümer haben allerdings nur einen Anspruch auf Mitbesitz der Sache nach § 866.[126] Hinsichtlich des Miteigentumsanteils des T müsste A Besitzer ohne Recht zum Besitz sein. A hat die tatsächliche Herrschaftsmacht über das gesamte Benzin und ist somit Besitzer. Aus Kaufvertrag hat er dabei grundsätzlich das Recht zum Besitz des Miteigentums des T. Allerdings schwang er sich durch sein Verhalten vom Fremdbesitzer zum unrechtmäßigen Eigenbesitzer auf, sodass ihm das Recht zum Besitz fehlt.[127] Die Voraussetzungen der Vindikationslage liegen somit vor.

II. Verschlechterung, Untergang, Unmöglichkeit

Das Benzin ist verbraucht und damit untergegangen.

III. Bösgläubigkeit

A wollte die 30 Liter von Anfang an in Kenntnis des unberechtigten Eigenbesitzes und war somit bösgläubig.

IV. Verschulden

Den Untergang hat er durch Wegfahren auch zu verschulden.

V. Schaden

Durch den Sachuntergang des Mitbesitzes ist dem T ein Schaden i. H. v. 45 Euro entstanden.

VI. Ergebnis

T hat gegen A einen Schadensersatzanspruch aus §§ 990 I 1, 989.

C. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 992, 823 I und 826

T könnte gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 992, 823 I haben. Die Voraussetzung einer Vindikationslage[128] und die Besitzergreifung durch Straftat[129] liegen dabei vor. Rechtsgutsverletzung ist vorliegend die unberechtigte Einwirkung auf das Miteigentum des T durch Wegfahren und dessen Verbrauch. Dies geschah kausal durch positives Tun des A. Die Handlung war dabei auch rechtswidrig und vorsätzlich nach § 276 I, also schuldhaft. Folglich hat T gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 992, 823 I i. H. d. 45 Euro.

T hat gegen A auch einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 992, 826.[130]

D. Ansprüche aus Bereicherungsrecht

Aus dieser Eigentumskonstellation ergeben sich keine anderen bereicherungsrechtlichen Ansprüche als bei Frage 1, sodass sich vorliegend ebenso keine Herausgabeansprüche ergeben.

[Eine sehr erfreuliche – fast mustergültige – Bearbeitung!]

125 Siehe Frage 1: T gegen A, F.

126 *Berger*, in: Jauernig (Fn. 10), § 985 Rn. 6; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht (Fn. 18), § 7 Rn. 8; *Weber*, Sachenrecht I (Fn. 17), § 15 Rn. 7.

127 Siehe Argumentation Frage 1: T gegen A, E. II. b.

128 Siehe Frage 3: T gegen A, B. I.

129 Siehe Frage 1: T gegen A, E. II.

130 Siehe Frage 1: T gegen A, F. und Frage 2: T gegen A, E.