

wesentlich überwiegenden anderen Interesses zurück („Umkehrung des § 34“ bei Unterlassungsdelikten, näher oben 2. Teil II 1 d, cc). Wer oben bei § 138 das Vorliegen einer Katalogtat nach § 319 verneint hatte, war in der Interessenabwägung nun nicht durch die Vorgabe in § 139 III gebunden; diese Vorschrift greift ja nur dann ein, wenn § 138 tatbestandlich erfüllt ist. Dennoch durfte sich im Ergebnis nichts ändern: Das Interesse der Allgemeinheit, vor der tödlichen Vergiftungsgefahr geschützt zu werden, überwog allemal das Geheimhaltungsinteresse der F wesentlich. Das Geheimhaltungsinteresse war also keine „wichtige“ Pflicht i. S. des § 323 c; P war die Hilfeleistung zuzumuten. Vorsatz, Rechtswidrigkeit<sup>66</sup> und Schuld boten keine Probleme.

66) Der Gedanke einer Rechtfertigung aus der „Umkehrung des § 34“ ist bereits im Tatbestand untersucht worden: „andere wichtige Pflicht“?

Richter am OLG Professor Dr. Thomas Hoeren,  
Düsseldorf

## Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: EBV in der Krippe – Sachenrecht zum Weihnachtsfest\*

Der Fall ist zu Weihnachten 1995 im Rahmen eines Examenrepetitoriums „Sachenrecht“ besprochen worden. Die Fragestellungen beruhen auf Spekulationen der spätmittelalterlichen Scholastik (voran Johannes Duns Scotus und Wilhelm Ockham) über den Verbleib der „Gaben aus dem Morgenland“. Fragen des intertemporalen Rechts und kollisionsrechtliche Vorfragen bleiben dabei außer acht; der Fall wurde und wird nach Maßgabe deutschen Rechts im Jahre 1996 gelöst.

### Sachverhalt

Aus dem Matthäusevangelium: „Mit der Geburt Jesu Christi war es so: Maria, seine Mutter, war mit Josef verheiratet<sup>1</sup>; noch bevor sie zusammengekommen waren, zeigte sich, daß sie ein Kind erwartete – durch das Wirken des Heiligen Geistes“ (1,18). – „Als Jesus zur Zeit des Königs Herodes in Bethleem in Judäa geboren worden war, kamen Sternendeuter aus dem Osten“ (2,1). – „Als sie den Stern sahen, wurden sie von großer Freude erfüllt. Sie gingen in das Haus und sahen das Kind und Maria, seine Mutter, da fielen sie nieder und huldigten ihm. Dann holten sie ihre Schätze hervor und brachten ihm Gold, Weihrauch und Myrrhe als Gaben dar“ (2,10–11).

1. Maria und Josef nahmen die Gaben der Sternendeuter an sich. Kann Jesus bei Eintritt der Volljährigkeit von Maria und Josef Herausgabe der Gaben (Gold, Weihrauch und Myrrhe) verlangen?

2. Welche Ansprüche hätte Jesus, wenn Maria und Josef die Gaben schon kurz nach Erhalt im eigenen Namen dem Jerusalemer Tempel als Opfergabe überlassen hätten?

### Lösung

#### I. Frage 1

Jesus könnte gegen Maria und Josef einen Anspruch auf Herausgabe der Geschenke aus § 985 haben. Das setzt voraus, daß Jesus Eigentümer der Geschenke ist (1) und Maria und Josef Besitzer (2), ohne ein Recht zum Besitz geltend machen zu können (3).

#### 1. Eigentum

Ursprünglich waren die Magier Eigentümer der Geschenke<sup>2</sup>. Sie haben ihr Eigentum nach § 929 S. 1 an Jesus verloren, wenn sie sich mit ihm dinglich über den Eigentumsübergang geeinigt (a) und ihm den Besitz eingeräumt haben (b).

a) Einigung. Die Magier haben Jesus den Antrag zur Über-eignung gemacht. Fraglich ist, ob Jesus diesen Antrag angenommen hat. Nach den §§ 105 I, 104 Nr. 1 kann er als Ge-

schaftsunfähiger Willenserklärungen nicht wirksam abgeben. Es könnten jedoch Maria und Josef als gesetzliche Vertreter Jesu die Annahme erklärt haben. Zwar steht im Sachverhalt nichts davon, daß Maria und Josef im Namen Jesu aufgetreten sind. Aus den Umständen ergibt sich jedoch, daß sie beiden zumindest konkludent in fremdem Namen auftraten. Maria und Josef handelten dabei mit gesetzlicher Vertretungsmacht (§§ 1626 I, 1629 I 1), sofern Jesus als eheliches Kind von Maria und Josef anzusehen ist<sup>3</sup>.

Hier könnte die Vaterschaft des Josef insofern problematisch sein, als das Kind nicht durch Beiwohnung, sondern „durch den heiligen Geist“ gezeugt wurde. Nach § 1591 I 1 ist ein Kind, das nach der Eheschließung geboren wird, ehelich, wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen hat und der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beige-wohnt hat. Nach § 1591 II 1 wird vermutet, daß der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beige-wohnt habe. Damit ist der während der Ehe geborene Jesus als ehelich anzusehen. Allerdings könnte Josef noch geltend machen, daß es nach den Umständen offenbar unmöglich ist, daß Maria das Kind von ihm empfangen hat (§ 1591 I 2). Dazu müßte die Nichtehe-lichkeit derart zwingend sein, daß die Annahme des Gegenteils mit dem gesunden Menschenverstand unvereinbar ist<sup>4</sup>. Der Verweis auf eine Jungfrauengeburt läßt die Folgerung auf eine Nichtehe-lichkeit nicht zwingend erscheinen. Die Tatsache, daß der Heilige Geist bei der Zeugung Jesu eine Rolle spielte, begründet nicht die offensichtliche Annahme einer Nichtehe-lichkeit Jesu. Maria und Josef haben Jesus also bei der dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang – als gesetzliche Vertreter – wirksam vertreten.

b) Übergabe. Die Magier haben die Geschenke wirksam an Jesus übergeben, wenn sie ihm nach § 854 I die tatsächliche Sachherrschaft eingeräumt haben und dieser über einen natürlichen Besitzwillen verfügt. Einen solchen „animus possiden-di“ besitzen nach herrschender Meinung auch Geschäftsunfähige. Allerdings muß der Wille des Geschäftsunfähigen reif genug sein, um sich auf die Sachherrschaft richten zu können<sup>5</sup>. Als Neugeborener dürfte Jesus wohl kaum eine Vorstellung davon gehabt haben, was die Magier mit der Übergabe der Geschenke bezweckten. Es fehlt folglich an dem notwendigen Besitzwillen. In Betracht kommt aber, daß die Übergabe hier an Maria und Josef als Besitzmittler Jesu erfolgt ist. Das setzt voraus, daß Maria und Josef mit Jesus ein wirksames Besitzmittlungsverhältnis i. S. von § 868 vereinbart haben. Ein solches Verhältnis könnte hier in dem familienrechtlichen Sorge-rechtsverhältnis von Maria und Josef zu ihrem Kind Jesus liegen. Die h. M. sieht tatsächlich in dem Verhältnis zwischen

\* §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB. Im übrigen beschränken sich die Belege in den Fußnoten aus Platzgründen auf ein Minimum.

### Erläuterungen

1. In dieser Übersetzung steckt eine für manchen Leser befremdliche Wertung. Der in vielen Übersetzungen zu findende Begriff der „Verlobung“ verweist auf die jüdische Verlobungstradition, die sich nicht mit dem Verlöbnis nach dem BGB vergleichen läßt. Die jüdische „Verlobung“ ist ein Bündnis mit weitreichenden rechtlichen Folgen, das nach heutigem, deutschem Verständnis als einer Ehe vergleichbar anzusehen ist. Zu Recht warnt daher der Rabbiner De Vries, einer der berühmtesten Kenner des jüdischen Ehe-rechts, vor der Übersetzung als „verloben“; s. De Vries, Jüdische Riten und Symbole, 2. Aufl. (1982), S. 203 ff. m. w. Nachw.

2. Offenbleiben kann dabei, ob es sich hierbei um Allein-, Bruch-teils- (§§ 741, 1008) oder Gesamthandseigentum handelt.

3. Zum Status der Beziehung von Maria und Josef s. o. Erl. 1.

4. BGHZ 7, 116.

5. Palandt/Bassenge, BGB, 55. Aufl. (1996), § 854 Rdnr. 5; Wolff/Raiser, SachenR., 10. Aufl. (1957), § 10 III 2.

abgeben.  
treter Je-  
hverhalt  
fgetreten  
iden zu-  
aria und  
gsmacht  
von Ma-

oblema-  
sondern  
91 I 1 ist  
ehelich,  
ngen hat  
u beige-  
mann in-  
e. Damit  
zusehen,  
nach den  
Kind von  
lichte-  
eigenteils  
ist<sup>4</sup>. Der  
auf eine  
atsache,  
e spielte,  
lichte-  
r dingli-  
setzliche

ksam an  
ächliche  
n natür-  
ossiden-  
äftsunfä-  
n reif ge-  
cönnen<sup>5</sup>.  
rstellung  
e der Ge-  
ligen Be-  
hier an-  
etzt vor-  
sitzmitt-  
1 solches  
1 Sorge-  
Jesus lie-  
zwischen

schränken  
num.

remdliche  
er „Verlo-  
sich nicht  
che „Ver-  
olgen, das  
chbar an-  
einer der  
ersetzung  
; 2. Aufl.

r, Bruch-  
d. 1.

5; Wolff

Sorgeberechtigten und Kind ein Besitzmittlungsverhältnis<sup>6</sup>. Diese Auffassung ist m. E. zweifelhaft. § 868 sieht als Besitzmittlungsverhältnis jedes der Verwahrung oder der Miete „ähnliche“ Verhältnis an. Der Verweis auf Verwahrung oder Miete zeigt, daß es für § 868 auf die rechtsgeschäftliche Begründung des Verhältnisses ankommt. Die elterliche Sorge gibt auch nicht das in § 868 vorausgesetzte zeitlich befristete Recht zum Besitz. Es handelt sich vielmehr um ein personenrechtliches Verhältnis eigener Art<sup>7</sup>. Dies gibt den Eltern zwar im Bereich der Vermögenssorge das Recht, Außenwirkungen im Rechtskreis des Kindes zu setzen. Diese Vertretungsmacht ist jedoch nur ein Teil der elterlichen Sorge. Sie muß auch in Anspruch genommen werden, um wirken zu können. Daher kann auch nicht die Sorge selbst ein Besitzmittlungsverhältnis sein, sondern allenfalls das Rechtsgeschäft, das die Eltern infolge ihres Sorgerechts zwischen sich selbst und dem Kind abschließen. Die elterliche Sorge beinhaltet noch kein verwahrungähnliches Verhältnis, sondern begründet nur das Recht zum Abschluß von Verwahrungsverträgen zwischen Eltern und Kind. Dogmatisch sauberer ist daher m. E. die Annahme eines konkludent geschlossenen Verwahrungsvertrages.

Maria und Josef haben also im eigenen Namen den Abschluß eines solchen Vertrages angeboten. Fraglich ist aber, ob sie Jesus bei der Annahme dieses Angebotes wirksam vertreten haben. Im Namen Jesu haben sie gehandelt. Maria und Josef könnten aber von der Vertretung ausgeschlossen sein. Dies ist zum einen der Fall, wenn der Verwahrungsvertrag als unzulässiges Insichgeschäft gem. § 181 i. V. mit den §§ 1629 II 1, 1795 II anzusehen ist. Hier haben Maria und Josef mit sich selbst im Namen des Kindes den Vertrag geschlossen; ein solcher Fall des Selbstkontrahierens fällt unter § 181. Ein Fall der Gestattung liegt hier ebensowenig vor wie der einer Erfüllung von Verbindlichkeiten. Allerdings hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 181 teleologisch reduziert. So sollen nach dem Normzweck solche Insichgeschäfte nicht unter § 181 fallen, die dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen<sup>8</sup>. Fraglich ist, ob der Verwahrungsvertrag für Jesus lediglich einen rechtlichen Vorteil darstellt. Dies ist nicht der Fall, wenn das Rechtsgeschäft unmittelbar rechtliche Nachteile begründet<sup>9</sup>. Ein solcher rechtlicher Nachteil könnte in dem gegen den Hinterleger geltend zu machenden Verwendungsersatzanspruch gem. § 693 bzw. dem Schadensersatzanspruch gem. § 694 bestehen. Hier wird man aber m. E. davon ausgehen können, daß diese Ansprüche in der Beziehung zwischen Sohn und Eltern konkludent abbedungen worden sind. Daher fällt der Abschluß des Verwahrungsvertrages als lediglich rechtlicher Vorteil nicht unter § 181.

Ferner sind Maria und Josef von der Vertretung Jesu bei der Annahme des Verwahrungsvertrages ausgeschlossen, wenn der Tatbestand der §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 vorliegt. Maria und Josef sind mit ihrem minderjährigen, ehelichen Kind Jesus gem. § 1589 S. 1 verwandt. Auch handelt es sich um die Vertretung bei einem Rechtsgeschäft zwischen dem Sohn und den Eltern. Nach heute allgemein geteilter Auffassung ist aber auch der Tatbestand der §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 ebenso wie § 181 entsprechend der aus § 107 zu entnehmenden gesetzlichen Wertung teleologisch zu reduzieren, d. h., diese Vorschrift gilt ebenfalls nicht für Rechtsgeschäfte, die dem zu Vertretenden lediglich einen rechtlichen Vorteil verschaffen<sup>10</sup>. Wie oben festgestellt, stellt der Abschluß des Verwahrungsvertrages für Jesus lediglich einen rechtlichen Vorteil dar.

Maria und Josef waren also auch nicht gem. den §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 von der Vertretung ausgeschlossen. Demgemäß haben Maria und Josef einen wirksamen Verwahrungsvertrag mit Jesus geschlossen, es besteht also ein Besitzmittlungsverhältnis i. S. des § 868. Die Übergabe der Geschenke erfolgte also an Maria und Josef als Besitzmittler Jesu. Damit ist Jesus Eigentümer der Gaben geworden.

## 2. Besitz

Maria und Josef sind Mitbesitzer der Gaben. Da sie aufgrund ihres gemeinschaftlichen Sorgerechts den Besitz auch nur gemeinschaftlich ausüben können, liegt ein gesamthänderischer Mitbesitz vor.

## 3. Kein Recht zum Besitz i. S. des § 986 I Alt. 1 BGB

Ein Recht zum Besitz könnte sich für Maria und Josef zunächst aus ihrem Sorgerecht (§§ 1626, 1629 I 1) herleiten. Wie oben bereits erwähnt, gibt die elterliche Sorge selbst kein Recht zum Besitz. Es handelt sich vielmehr um ein personenrechtliches Verhältnis eigener Art, das die Eltern im Bereich der Vermögenssorge zum Abschluß besitzberechtigender Schuldverhältnisse legitimieren kann. Demnach kommt ein Recht zum Besitz aus dem Verwahrungsvertrag in Betracht. Dies könnte bereits insoweit fragwürdig sein, als der Hinterleger nach § 695 die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern kann. Losgelöst davon ist jedoch zu beachten, daß der Verwahrungsvertrag auf die Zeit der Minderjährigkeit beschränkt ist. Mit Zeitablauf kann der nunmehr volljährige Jesus den Vertrag kündigen, die entsprechende Erklärung ist konkludent in dem Herausgabeverlangen enthalten. Maria und Josef können also gegenüber Jesus kein Recht zum Besitz i. S. des § 986 I Alt. 1 geltend machen.

## 4. Ergebnis

Jesus kann bei Eintritt der Volljährigkeit gem. § 985 von Maria und Josef die Herausgabe der Geschenke verlangen.

## II. Frage 2

### 1. Herausgabeansprüche gegen den Tempel

a) Jesus hat gegen den Tempel gem. § 985 einen Anspruch auf Herausgabe, sofern er Eigentümer der Gaben ist und der Tempel die Sachen noch besitzt, ohne ein Recht zum Besitz geltend machen zu können. Als Neugeborener hat Jesus das Eigentum an den Gaben von den Magiern nach § 929 S. 1 erworben (s. o.). Er hat sein Eigentum aber verloren, sofern der Tempel nach den §§ 929 S. 1; 932 I gutgläubig Eigentum erworben hat. Maria und Josef haben sich mit dem Tempel über den Eigentumsübergang geeinigt und die Gaben auch übergeben. Der Tempel wußte von der fehlenden Berechtigung der Eltern nichts, war also gutgläubig. Dennoch erwarb der Tempel kein Eigentum an den Gaben, wenn diese nach § 935 I 1 dem Eigentümer abhanden gekommen waren<sup>11</sup>. Zum Zeitpunkt der Übergabe war Jesus nicht unmittelbarer Besitzer der Gaben. Vielmehr traten die Eltern als unmittelbare Fremdbe-

## Erläuterungen

6. OLG Celle, OLGE 4, 148; Jauernig/Jauernig, BGB, 7. Aufl. (1994), § 868 Anm. 3; Palandt/Bassenge, § 868 Rdnr. 14; Staudinger/Bund, BGB, 12. Aufl. (1989), § 868 Rdnr. 28. Ähnlich für die Ehe als Besitzmittlungsverhältnis BGHZ 73, 257 = NJW 1979, 977; 71, 217; 67, 217; LG Wiesbaden, NJW 1955, 225; LG Berlin, JR 1956, 106. Eine ältere Mindermeinung sieht in dem gesetzlichen Vertreter regelmäßig keinen Besitzmittler, sondern einen Besitzdiener; s. Heck, SachenR., § 18 IV; Förtsch, Gruch 43, 545; Strojil, JhJb 38, 16.

7. Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR., 4. Aufl. (1994), § 57 V.

8. BGHZ 59, 240 f.; BGH, NJW 1983, 163; OLG Hamm, Rpfleger 1983, 251. A.A. Jauernig/Jauernig, § 181 Anm. 3 d, aa; Schubert, WM 1978, 291 ff.

9. Vgl. Palandt/Heinrichs, § 107 Rdnr. 2.

10. Vgl. Soergel/Damrau, BGB, 12. Aufl. (1987), § 1795 Rdnr. 1; Erman/Holzhauser, BGB, 9. Aufl. (1993), § 1795 Rdnr. 7 a. E.; Palandt/Diederichsen, § 1795 Rdnr. 7; ferner BGH, NJW 1975, 1885; BayObLG, FamRZ 1974, 659; OLG Hamm, DNotZ 1975, 434; anders der BGH früher, s. FamRZ 1962, 464.

11. Die Anwendbarkeit des § 935 I ist hier auch für das Gold gegeben, da dieses kein „umlaufähiges Zahlungsmittel“ ist, also kein Geld i. S. des § 935 II darstellt; vgl. Palandt/Bassenge, § 935 Rdnr. 5.

sitzer für *Jesus* auf. In diesem Fall kommt nicht § 935 I 1, sondern § 935 I 2 zur Anwendung. Hiernach ist bei Besitzmittlungsverhältnissen der Wille des jeweiligen unmittelbaren Besitzers für die Beurteilung der Frage entscheidend, ob die Sache abhanden gekommen war. *Maria* und *Josef* haben jedoch die Gaben bewußt an den Tempel gegeben; die Gaben sind also nicht abhanden gekommen. Der gutgläubige Erwerb ist daher nicht durch § 935 ausgeschlossen. Der Tempel ist somit Eigentümer der Gaben geworden. Ein Anspruch *Jesus* auf Herausgabe scheidet insoweit aus.

b) *Jesus* hat jedoch gegen den Tempel einen Anspruch auf Herausgabe der Gaben aus § 816 I 2, wenn die Eltern als Nichtberechtigte eine unentgeltliche Verfügung getroffen haben, die *Jesus* gegenüber als Berechtigtem wirksam ist. *Josef* und *Maria* waren als Nichteigentümer nicht zur Übertragung des Eigentums auf den Tempel berechtigt.

Diese Verfügung war jedoch nach den §§ 929 S. 1, 932 *Jesus* gegenüber wirksam<sup>12</sup>. Die Übereignung war als Vollzug einer religiös motivierten Schenkung unentgeltlich. Somit hat *Jesus* gegen den Tempel einen Anspruch auf Herausgabe der Gaben aus § 816 I 2. Allerdings kann sich der Tempel gegenüber *Jesus* gem. § 818 III auf Wegfall der Bereicherung berufen, wenn die Gaben – was sehr wahrscheinlich der Fall ist – bereits aufgebraucht sind.

## 2. Ansprüche gegen die Eltern

a) *Jesus* könnte gegen *Maria* und *Josef* gem. § 1664 I einen Anspruch auf Schadensersatz haben. § 1664 I besagt, daß die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen haben, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Fraglich ist, ob es sich insoweit überhaupt um eine Anspruchsgrundlage handelt. Die h. M. nimmt dies ohne nähere Begründung an<sup>13</sup>. Dies wird dem Wortlaut der Vorschrift aber nicht gerecht. Dieser ist lediglich als Haftungsmaßstab (ähnlich wie § 277) formuliert<sup>14</sup>. Dadurch wird im Bereich der elterlichen Sorge das Verschulden auf den Bereich der *diligentia quam in suis* und damit auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Die Anspruchsgrundlagen ergeben sich selbst aus dem allgemeinen Zivilrecht, insbesondere aus positiver Forderungsverletzung sowie aus den §§ 823 ff. Ein Anspruch *Jesus* auf Schadensersatz aus § 1664 I kommt also nicht in Betracht.

b) *Jesus* könnte gegen *Maria* und *Josef* einen Anspruch auf Schadensersatz nach Maßgabe von § 280 I haben. Bei der unentgeltlichen Verwahrung handelt es sich nicht um einen gegenseitigen Vertrag<sup>15</sup>. Den Eltern ist die geschuldete Herausgabe der Gaben aufgrund der Übereignung an den Tempel dauerhaft unmöglich geworden. Es handelt sich um einen Fall der nachträglichen Unmöglichkeit i. S. des § 280 I. Unerheblich ist, ob diese Unmöglichkeit subjektiv oder objektiv ist<sup>16</sup>. Da die Übereignung willentlich und somit vorsätzlich erfolgte, haben *Maria* und *Josef* – auch unter Berücksichtigung von § 1664 I (s. o.) – die Unmöglichkeit der Herausgabe zu vertreten. Damit ist der Tatbestand des § 280 I erfüllt, und *Jesus* kann daraus einen Schadensersatzanspruch gegen die Eltern geltend machen. Dieser Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung richtet sich auf das positive Interesse, d. h., *Jesus* kann als Gläubiger verlangen, so gestellt zu werden, als ob die Gaben ordnungsgemäß von seinen Eltern an ihn zurückgegeben worden wären. Dies kann, da es sich bei den Gaben um vertretbare Sachen handelt, auch durch Naturalrestitution erfolgen.

c) *Jesus* könnte gegen *Maria* und *Josef* einen Anspruch auf Schadensersatz aus positiver Forderungsverletzung haben. Das setzt voraus, daß eine Regelungslücke besteht, die betreffende Pflichtverletzung also nicht bereits in Spezialvorschriften geregelt ist<sup>17</sup>. Hier handelt es sich um einen Fall der Unmöglichkeit, der *Jesus* bereits einen Anspruch aus § 280 I gibt

(s. o.). Die Regeln zur positiven Forderungsverletzung sind hier also nicht anwendbar.

d) Fraglich ist, ob *Jesus* auch einen Anspruch gegen seine Eltern auf Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 989, 990 I hat. Dies setzt voraus, daß zum Zeitpunkt der Weitergabe an den Tempel eine Vindikationslage bestand, *Jesus* also einen wirksamen Herausgabeanspruch gegen seine Eltern aus § 985 hatte. *Jesus* war Eigentümer der Geschenke (s. o.). *Maria* und *Josef* hatten gesamthänderischen Mitbesitz (s. o.). Fraglich ist aber, ob die Eltern nicht ein Recht zum Besitz geltend machen konnten. Als die Eltern die Gaben an den Tempel weitergaben, war *Jesus* geschäftsunfähig. Die elterliche Sorge gem. den §§ 1626, 1629 I 1, der *Jesus* noch unterstand, gibt kein Recht zum Besitz (s. o.). Ein Recht zum Besitz kann sich aber aus dem geschlossenen Verwahrungsvertrag ergeben. Als Neugeborener kann *Jesus* schwerlich vor dem Zeitpunkt der Übergabe der Geschenke an den Tempel von seinem Rückforderungsrecht gem. § 695 Gebrauch gemacht haben. Auch eine Kündigung des Verwahrungsvertrages durch *Jesus* kann nicht erfolgt sein. Demgemäß hatten *Maria* und *Josef* zum Zeitpunkt der Übergabe gegenüber *Jesus* ein wirksames Recht zum Besitz aus dem Verwahrungsvertrag. Damit bestand keine Vindikationslage.

Nach der Lehre vom „Nicht-so-Berechtigten“<sup>18</sup> sind die Regeln der §§ 987 ff. jedoch auch anzuwenden, wenn der berechtigte Besitzer sein Besitzrecht überschreitet. *Maria* und *Josef* waren aus dem konkludent geschlossenen Verwahrungsvertrag nicht ermächtigt, die Gaben zu verschenken. Von daher käme eine Anwendung der Regeln über den „Nicht-so-Berechtigten“ in Betracht. Dadurch soll dem Eigentümer ein zusätzlicher Schutz gewährt werden, der nicht der kurzen Verjährung des deliktischen Anspruchs unterliegt. Die h. M.<sup>19</sup> lehnt diese Auffassung jedoch zu Recht ab. Zum einen widerspricht die Lehre dem Grundgedanken des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, das nur eine Haftung des unrechtmäßigen, nicht aber des rechtmäßigen Besitzers regeln soll. Ein rechtmäßiger Besitzer verliert aber nicht allein dadurch sein Recht zum Besitz, daß er die Grenzen seines Besitzrechts überschreitet. Ferner wird der Eigentümer hinreichend durch vertragliche Ansprüche sowie durch Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung und den §§ 823 ff. hinreichend geschützt. Die Lehre vom „Nicht-so-Berechtigten“ hat sich deshalb nicht durchsetzen können. Somit kann *Jesus* keinen Anspruch auf Schadensersatz aus den §§ 989, 990 geltend machen.

e) Ferner könnte *Jesus* einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 I haben<sup>20</sup>. Dann müßten *Maria* und *Josef* ein Rechtsgut *Jesus* schuldhaft und widerrechtlich verletzt haben. Fremdbesitzer, die die Grenzen des Besitzrechts überschritten haben, haften dem Eigentümer gegenüber aus Eigentumsver-

## Erläuterungen

12. Auf § 185 und die Möglichkeit einer Genehmigung kommt es hier wegen § 932 nicht mehr an. Zur Rechtsstellung des Jerusalemer Tempels s. *De Selby*, *The legal status of the Jewish Temple*, 1874, S. 105 ff.

13. S. *Erman/Michalski*, § 1664 Rdnr. 1; *Hinz*, in: MünchKommBGB, § 1664 Rdnr. 1; *Soergel/Strätz*, § 1664 Rdnr. 2.

14. So auch *Gernhuber/Coester-Waltjen* (o. Erl. 7), § 57 IV 6.

15. *Brox*, *Bes. SchuldR*, 17. Aufl. (1991), Rdnr. 314.

16. Vgl. *Jauernig/Vollkommer*, § 280 Anm. 1 b, bb.

17. *Brox*, *Allg. SchuldR*, 21. Aufl. (1993), Rdnr. 292.

18. RGZ 106, 149 (152); 157, 132 (135); *Zeuner*, in: *Festschr. f. Felgenträger*, 1969, S. 423 ff.; offengelassen in BGH, JR 1951, 716 (717).

19. *Erman/Hefermehl*, BGB, Vorb. §§ 987–993 Rdnr. 7; *Medicus*, in: MünchKomm-BGB, Vorb. §§ 987–1003 Rdnr. 11; *Schreiber*, *Jura* 1992, 356 (364).

20. Außer acht bleibt ein Anspruch aus § 823 II i. V. mit den §§ 246, 263 StGB, um die mit der Prüfung dieser Ansprüche verbundenen komplizierten Strafrechtsprobleme ausklammern zu können.

setzung i. S. des § 823 I<sup>1</sup>. Maria und Josef waren aufgrund des Verwahrungsvertrages Fremdbesitzer. Ihr Besitzrecht ermächtigte sie nicht zur Übertragung des Eigentums an den Gaben an den Tempel. Ihre Verfügung als Nichtberechtigte stellt eine Eigentumsverletzung dar. Diese Rechtsgutsverletzung haben Maria und Josef kausal verursacht. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, die Rechtswidrigkeit ist damit indiziert. Die Übereignung und damit die Rechtsgutsverletzung erfolgte auch vorsätzlich und damit schuldhaft. Demgemäß hat Jesus gegen seine Eltern einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 I.

### 3. Ergebnis zu Frage 2

Wenn Maria und Josef die Gaben schon kurz nach Erhalt dem Jerusalemer Tempel als Opfergabe überlassen haben, scheiden Ansprüche gegen den Tempel nach § 985 und § 816 I 2 aus. Es bleiben für Jesus Schadensersatzansprüche gegen seine Eltern aus § 280 I sowie aus § 823 I.

#### Erläuterungen

21. Palandt/Thomas, § 823 Rdnr. 8.

Richter am VG Jürgen Wünschmann, Würzburg

## Der praktische Fall – Öffentliches Recht: Die verfahrenre Beseitigung eines Wochenendhauses

*Gegenstand der Aufgabe ist das Allgemeine Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht sowie das Verwaltungszustellungs- und -vollstreckungsrecht. Da gerade diese Gebiete erfahrungsgemäß in der Klausur immer wieder Schwierigkeiten bereiten, bietet die Aufgabenstellung Gelegenheit zur Wiederholung und Vertiefung einiger wesentlicher Grundprobleme.*

#### Sachverhalt

Ebert (E) ist Alleineigentümer eines Außenbereichsgrundstücks, das im Flächennutzungsplan als Fläche für die Land- und Forstwirtschaft dargestellt ist. Im Dezember 1993 hatte er auf diesem Grundstück ohne die erforderliche Baugenehmigung ein Wochenendhaus errichtet. Nachdem der Baukontrolle des örtlich zuständigen Landratsamts Hofstadt das Bauwerk aufgefallen war, hatte E unter Vorlage der vollständigen und inhaltlich zutreffenden Bauunterlagen die Baugenehmigung beantragt. Die Genehmigung war mit formell rechtmäßigem Bescheid des Landratsamts vom 1. 6. 1994 erteilt worden. Im Januar 1995 wurde Regierungsrat Körner (K) an das Landratsamt Hofstadt versetzt und übernahm dort die Bauabteilung. Im Rahmen einer Außenbereichsbegehung bemerkte er das Wochenendhaus. Er wies seinen Mitarbeiter Scheuer (S) zutreffend darauf hin, daß das Wochenendhaus als nichtprivilegiertes Außenbereichsvorhaben nicht genehmigungsfähig sei. Gleichzeitig forderte er ihn auf, das Notwendige zu veranlassen. Mit von S gefertigtem und von K unterzeichnetem Bescheid vom 24. 1. 1995, der in Ausfertigung am selben Tag als einfacher Brief zur Post gebracht wurde, nahm das Landratsamt die dem E erteilte Baugenehmigung zurück und ordnete ihm gegenüber die Beseitigung des Wochenendhauses an. Gleichzeitig drohte es E ein Zwangsgeld in Höhe von 500 DM für den Fall an, daß er der Beseitigungsanordnung nicht innerhalb von drei Monaten nach Unanfechtbarkeit des Bescheids nachkommen sollte.

Nach umfassender Darstellung des Sachverhalts wurde die Genehmigungsrücknahme im wesentlichen wie folgt begründet: Das Wochenendhaus sei nach Art. 2 I 1, Art. 68 S. 1 BayBO genehmigungspflichtig. Die Voraussetzungen des § 35 BauGB, der als Rechtsgrundlage für eine Genehmigung allein in Betracht komme, seien nicht erfüllt. Das Wochenendhaus sei kein privilegiertes Vorhaben und damit nicht nach § 35 I Nr. 5 BauGB im Außenbereich zulässig. Eine Zulässigkeit nach § 35 II BauGB käme ebenfalls nicht in Frage, da öffentli-

che Belange i. S. des § 35 III BauGB beeinträchtigt seien. Das Vorhaben widerspreche insbesondere den Darstellungen des Flächennutzungsplans, da es keinem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb diene. Zudem beeinträchtige es die natürliche Eigenart der Landschaft. Sodann heißt es wörtlich: „Nach alledem steht fest, daß die Baugenehmigung von Anfang an nicht hätte erteilt werden dürfen. Sie ist daher nach Art. 48 BayVwVfG zurückzunehmen.“ Die Beseitigungsanordnung wurde vor allem damit begründet, das Wochenendhaus widerspreche öffentlich-rechtlichen Vorschriften, da es unter Verstoß gegen Art. 68 S. 1 BayBO errichtet worden sei und die Baugenehmigung nach deren Rücknahme nicht mehr bestehe. Das baurechtswidrig errichtete Gebäude stelle eine Störung der öffentlichen Ordnung dar, die nur durch eine Baubeseitigung nach Art. 89 S. 1 BayBO unterbunden werden könne. Das öffentliche Interesse hieran überwiege das Interesse des E am Bestand des Gebäudes. Sodann folgte eine ausreichende Begründung der Zwangsmittelandrohung. Der Bescheid enthielt im übrigen eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung.

Am 3. 3. 1995 ging beim Landratsamt Hofstadt ein von E unterzeichneter und auf den 27. 2. 1995 datierter Widerspruch ein. Zur Begründung führte E aus: Der Vater des S sei Mitglied im Verein „Naturfreunde e. V.“. Der Verein bezwecke den Erhalt der natürlichen Eigenart der heimischen Landschaft. Damit werde deutlich, daß bei den getroffenen Maßnahmen private Interessen im Spiel gewesen seien. Zudem habe das Landratsamt die Baugenehmigung aufgehoben, ohne sich mit seinen Belangen auseinanderzusetzen. Er habe auf die Richtigkeit der Genehmigung vertraut. Diese könne daher nicht aufgehoben werden. Im übrigen habe ihn der Bescheid völlig überrascht. Hätte sich das Landratsamt vorher mit ihm in Verbindung gesetzt, so wäre nicht verborgen geblieben, daß er das Gebäude seit dessen Errichtung für fünf Jahre fest an Pflug (P) vermietet habe. P sei unter Berufung auf den Mietvertrag keinesfalls bereit, das Wochenendhaus zu räumen.

*Bearbeitervermerk:* Prüfen Sie in einem Gutachten, ob der Widerspruch Erfolg hat und unterbreiten Sie abschließend einen Vorschlag für das weitere Vorgehen.

#### Lösung

Der von E eingelegte Widerspruch hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

#### I. Zulässigkeit

##### 1. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet<sup>1</sup>. Gegenstand des Widerspruchs sind in der Hauptsache die Rücknahme der Bauerlaubnis und die Beseitigungsanordnung. Beide Maßnahmen beruhen auf Vorschriften, zu deren Vollzug ausschließlich Hoheitsträger befugt sind, nämlich auf solchen des Verwaltungsverfahrensgesetzes und des öffentlichen Baurechts<sup>2</sup>. Es handelt sich somit um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit, die im übrigen auch nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Eine besondere Rechtswegzuweisung für baurechtliche Streitigkeiten besteht nicht.

##### 2. Statthaftigkeit

E begehrt die Aufhebung der Baugenehmigungsrücknahme und der Beseitigungsanordnung. Beide Maßnahmen sind belastende Verwaltungsakte i. S. des Art. 35 S. 1 BayVwVfG. Insofern ist der Widerspruch als Anfechtungswiderspruch statthaft (§ 68 I 1, § 42 I Alt. 1 VwGO). Soweit sich E gegen die Zwangsgeldandrohung wendet, folgt die Statthaftigkeit aus Art. 38 I 1 VwZVG<sup>3</sup>.

#### Erläuterungen

1. Der Widerspruch eröffnet das Vorverfahren zur Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage. Er kann folglich nur zulässig sein, wenn die Streitigkeit überhaupt vor die Verwaltungsgerichte gehört (vgl. Brühl, JuS 1994, 154 m. w. Nachw.).

2. Ausführlich zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht sowie zur hier herangezogenen (neueren) Subjektstheorie Wolff/Bachoff/Stober, VerwR I, 10. Aufl. (1994), § 22 Rdnrn. 8 ff.

3. Die Frage, ob die Zwangsmittelandrohung ein Verwaltungsakt ist (bejahend BVerwG, NVwZ-RR 1989, 337 f.), braucht an dieser Stelle wegen Art. 38 I 1 VwZVG bzw. der entsprechenden Vorschriften in den Vollstreckungsgesetzen der anderen Bundesländer nicht erörtert zu werden.