

Fortgeschrittenenklausur: Überhöhte Abschleppkosten und verweigerte Herausgabe

Von Wiss. Mitarbeiter **Michael Höhne**, **Arian Nazari-Khanachayi**, LL.M. Eur., Frankfurt a.M.*

Die Klausur ist im Aufbau angelehnt an BGH, Urt. v. 2.12.2011 – V ZR 30/11 = NZV 2012, 127, und soll die Fähigkeit zu Inzidentprüfungen schulen. Inhaltlich umfasst die Klausur im Kern Probleme aus den Bereichen des Besitzschutzrechts (Sachenrecht), den gesetzlichen Schuldverhältnissen und dem Schadensrecht, die Gegenstand von BGH NZV 2012, 127; BGH, Urt. v. 5.6.2009 – V ZR 144/08 = BGHZ 181, 233, und BGH, Urt. v. 4.7.2014 – V ZR 229/13 = NZM 2014, 763, waren. Gerade auch durch die Verknüpfung mit gesellschaftsrechtlichen Aspekten ist der Fall als anspruchsvoll einzustufen.

Sachverhalt

Der ordnungsgemäß im Vereinsregister eingetragene Eisenbahnfreunde e.V. (E) ist Eigentümer eines Grundstückes, von dem ein Teil als Mitgliederparkplatz genutzt wird. Aufgrund akuten Parkplatzmangels im Ortsgebiet stellen immer wieder Personen, die nicht Mitglieder des Vereins sind, ihre Fahrzeuge auf dem Parkplatz des E ab. Daraufhin lässt der Alleinvorstand des E (V) an mehreren, gut sichtbaren Stellen große Hinweisschilder anbringen, auf denen darauf hingewiesen wird, dass es sich um einen Parkplatz für Mitglieder des E handelt, das Nutzen der Parkplätze nur zulässig ist, wenn ein gültiger Parkausweis (ausgestellt von E) hinter der Windschutzscheibe angebracht ist, und widerrechtlich abgestellte Fahrzeuge kostenpflichtig abgeschleppt werden.

Zeitgleich setzt sich V mit dem ortsansässigen Abschleppunternehmen, der „Anti-Parkplatzsünder“ KG (A KG), in Verbindung. Obgleich V die überhöhten Preise der A KG bemerkt, fällt ihm die Entscheidung zugunsten eines Vertragsschlusses leicht, da ihm die im Handelsregister ein-

getragene Struktur (in Gemäßheit des Gesellschaftsvertrages) zugesagt: Während der Großvater (G) als Komplementär fungiert, sind die drei Enkelkinder als Kommanditisten eingetragen. In einem Telefonat vereinbaren V und G, dass der Vereinsparkplatz durch die A KG überwacht werden soll. Sollten widerrechtlich geparkte Fahrzeuge entdeckt werden, ist die A KG angehalten, unter Einhaltung folgender Vorgaben abzuschleppen: Der Halter des Fahrzeugs ist zu kontaktieren, soweit ein Notizzettel hinter der Windschutzscheibe hinterlegt ist, auf dem Name und Telefonnummer des Halters sowie der Hinweis, in welchem zeitlichen Abstand der Halter wieder beim Fahrzeug sein kann, stehen; in jedem Falle ist das Abschleppen erst nach einer Wartezeit von zehn Minuten durchzuführen. Auch die Bezahlung wird diskutiert: Etwaige Forderungen des E gegen Parksünder werden bereits jetzt an die A KG abgetreten, obgleich V Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit einer solchen Abrede äußert.

Die Hinweisschilder erfüllen den Zweck der Abschreckung nicht. Bereits nach kurzer Zeit schleppt einer der Enkel, Karl (K), zum ersten Mal ein Fahrzeug ab. Die Fahrerin Fabienne (F) stellte ihr Fahrzeug zuvor auf dem Vereinsplatz ab, ohne einen gültigen Parkausweis des E vorzuweisen. Nachdem K zehn Minuten vergeblich auf eine Rückkehr des Halters gewartet hat, transportiert er das Fahrzeug mit seinem Abschleppwagen auf einen entlegenen, öffentlichen Parkplatz.

Als F herausfindet, dass ihr Fahrzeug abgeschleppt wurde, wendet sie sich an die A KG und verlangt die Herausgabe des Autos. Ihr wird jedoch von G mitgeteilt, dass eine Herausgabe nur gegen Zahlung der für die A KG entstandenen Kosten erfolgt. Es sind Kosten für den Abschleppvorgang als solchen (€ 150,-), Verwaltungskosten (€ 60,-) und Überwachungskosten (€ 40,-) entstanden. Ortsüblich wären allerdings folgende Kosten: € 100,- (Abschleppvorgang), € 40,- (Verwaltungskosten: anlassbezogene Datenverarbeitung etc.), € 25,- (Überwachungskosten). F weigert sich, die Zahlung in dieser Höhe vorzunehmen, da sie der Meinung ist, dass das Abschleppunternehmen nicht alle Kosten von ihr ersetzt verlangen kann. Zudem sei sie nicht bereit, den teuersten Abschleppunternehmer der Region zu finanzieren. Um die Verzögerung der Herausgabe zu vermeiden, zahlt sie € 140,- beim AG Frankfurt a.M. ein und informiert den G über diesen Vorgang. Trotz der nunmehr von G erkannten Rückgabeverpflichtung verweigert er entschieden, den Standort des Fahrzeugs preiszugeben, um ein Druckmittel für die vollständige Zahlung zu behalten. Nun entschließt sich F, ein Ersatzfahrzeug zu mieten, da sie aus beruflichen Gründen auf ein Fahrzeug angewiesen ist. Bei G entsteht mit der Zeit die Sorge, dass zusätzliche Kosten (z.B. durch Einschaltung von Anwälten) entstehen könnten und diese in einem etwaigen Rechtsstreit von der A KG zu tragen wären. Deshalb wird der F eine Woche nach der Hinterlegung der € 140,- der Standort des Fahrzeugs mitgeteilt. Die Kosten für den Mietwagen der F betragen für diese Zeit € 250,-.

* Der Verf. Höhne ist wiss. Mitarbeiter bei Prof. Dr. Felix Maultzsch, LL.M. (NYU), Lehrstuhl für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, und bei Prof. Dr. Peter von Wilmowsky, LL.M. (Berkeley), Lehrstuhl für Zivilrecht, Insolvenzrecht, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht, beide Goethe-Universität Frankfurt a.M.; der Verf. Nazari-Khanachayi ist Promotionsstipendiat am DFG-geförderten Exzellenzcluster „Normative Ordnungen“ an der Professur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt im internationalen Immaterialgüterrecht (Prof. Dr. Alexander Peukert), Goethe-Universität Frankfurt a.M. Diese Klausur wurde am 5.9.2014 im Klausurenkurs des Universitätsrepetitoriums der Goethe-Universität Frankfurt a.M. gestellt. Der Notendurchschnitt betrug 6,4 Punkte bei einer Durchfallquote von 27,6 %. Die häufigsten Fehler und Schwierigkeiten wurden für die Druckfassung berücksichtigt. Zudem wurde die Klausur in der gegenständlichen Form am 6.12.2014 im Klausurenkurs des Examinatoriumsbüros der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bielefeld abgeprüft. Der Notendurchschnitt betrug 5,1 Punkte bei einer Durchfallquote von 35,1 %. Für den Inhalt und etwaige Fehler sind ausschließlich die Verf. verantwortlich.

Frage

Kann F Ersatz der € 250,- von der A KG verlangen?

Bearbeitungshinweis

Gehen Sie bitte davon aus, dass das AG Frankfurt a.M. für den Empfang der hinterlegten Geldsumme zuständig ist.

Soweit die gewählte Lösung kein erschöpfendes Eingehen auf die Probleme des Falls gestattet, sind diese hilfsgutachterlich zu erörtern.

Lösungsvorschlag¹

A. Schadensersatzanspruch F gegen die A KG aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 2, Abs. 3, 286 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2, Abs. 3, 6 Abs. 1, 124 Abs. 1 HGB

F könnte einen Schadensersatzanspruch i.H.v. € 250,- gegen die A KG nach §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 2, Abs. 3, 286 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2, Abs. 3, 6 Abs. 1, 124 Abs. 1 HGB haben.

I. A KG als tauglicher Anspruchsgegner

Hierfür müsste die A KG als tauglicher Anspruchsgegner in Betracht kommen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die A KG im Rechtsverkehr (Außenverhältnis) als Berechtigte und Verpflichtete auftreten darf und für Handlungen ihrer Organe haften muss. Die A KG wurde ins Handelsregister mit dem Namen „Anti-Parkplatzsünder“ (Firma: § 18 HGB) eingetragen und erlangt ihre Rechtsfähigkeit nach §§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 1, 105 Abs. 2 S. 1, 6 Abs. 1 HGB kraft Eintragung ins Handelsregister. Nach §§ 161 Abs. 2, 124 Abs. 1 HGB haftet eine KG für Verbindlichkeiten, die wirksam eingegangen sind. Unter Verbindlichkeiten im Sinne des § 124 Abs. 1 HGB sind nicht nur vertragliche, sondern auch gesetzliche Schuldverhältnisse zu verstehen.² Folglich ist die A KG rechtsfähig und kann im Rechtsverkehr sowohl berechtigt als auch verpflichtet sein. F macht einen Anspruch aus einem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, folglich aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis³ geltend. Zudem ist G als Komplementär gem. §§ 161 Abs. 2, 114 ff., 125 ff. HGB und im Umkehrschluss zu § 170 HGB⁴ für die KG vertretungsbefugt. Handlungen von G, als vertretungsbefugtem Geschäftsführer, werden analog § 31 BGB⁵ der KG zugerechnet, wenn sie zu einem Schadensersatzanspruch aus einem gesetzlichen

Schuldverhältnis führen. Damit kommt die A KG als tauglicher Anspruchsgegner in Betracht.

II. Vindikationslage

Daneben müsste zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Herausgabeverlangens zwischen F und der A KG eine Vindikationslage vorgelegen haben. Eine Vindikationslage setzt voraus, dass der Eigentümer einer Sache einen durchsetzbaren Herausgabeanspruch (§§ 985, 986 BGB) gegen den Besitzer der Sache (§ 854 Abs. 1 BGB) hat.

1. Eigentum des Anspruchstellers (F)

F ist jedenfalls nach §§ 1006 S. 1, 903 BGB als Eigentümerin zu qualifizieren.

2. Besitz des Anspruchsgegners (A KG)

Des Weiteren müsste die A KG zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Herausgabeverlangens in Besitz des Fahrzeugs gewesen sein. Der Besitz setzt nicht nur die tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB voraus, sondern muss ferner von einem Herrschaftswillen getragen sein. Hierbei wird der Herrschaftswille maßgeblich nach der Verkehrsanschauung bestimmt, nach der alle Umstände des jeweiligen Falles entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens wertend zusammengefasst werden.⁶ Zu Beginn des Geschehensablaufs war F Besitzerin (§ 854 Abs. 1 BGB) des Fahrzeugs: F trug willentlich die Schlüssel zum Fahrzeug bei sich und hatte zudem - auch aus Verkehrsanschauungssicht - die jederzeitige Zugriffsmöglichkeit, mithin die physische Gewalt über selbiges. Die A KG müsste also unter zusammenfassender Wertung aller Umstände des Falles während des Verbleibs des Fahrzeugs auf dem öffentlichen Parkplatz die F aus ihrer Besitzposition verdrängt und eigenen Besitz begründet haben. Die A KG ist als Objekt jedoch nicht in der Lage, einen eigenen Willen zu haben. Daher war es längere Zeit umstritten, ob auch die KG selbst oder nur ihre Organe und Gesellschafter unmittelbaren Besitz erwerben können. Nunmehr ist diese Frage zugunsten der KG, die den unmittelbaren Besitz über ihre vertretungsbefugten Organe und Gesellschafter ausübt, gelöst: Man spricht insoweit vom Organbesitz.⁷ G ist als Komplementär vertretungsbefugt, sodass er für die A KG besitzen konnte. Faktisch gesehen, konnte nur F das Fahrzeug jederzeit öffnen, den Motor anlassen und sachentsprechend fortbewegen. Allerdings kann F diese Handlungen nur dann durchführen, wenn die A KG ihr den Standort des Fahrzeugs mitteilt. Mithin stellt sich die Frage, ob der Besitz durch die Schlüsselhaberschaft oder durch die Kenntnis über den Standort des Fahrzeugs bestimmt werden muss.

So kann man durchaus annehmen, eine ständige räumliche Beziehung werde durch die Kenntnis über den Standort des Fahrzeugs nicht begründet, sodass die faktische Gewalt-

¹ Die sprachliche Darstellung der Lösung orientiert sich an den zutreffenden Vorgaben von *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157; vgl. auch *K. Schmidt*, JuS 2012, XXV.

² Vgl. *Boesche*, in: Oetker, Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 124 Rn. 7; *Steitz*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 124 HGB Rn. 14.

³ *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, Vor §§ 987-993 BGB Rn. 37, m.w.N.; *Klinck*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2014, W. Rn. 90.

⁴ Vgl. nur *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2012, § 170 Rn. 2.

⁵ Ausführlich hierzu *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 4 Rn. 78 f. i.V.m. Rn. 82.

⁶ Grundlegend hierzu BGH NJW 1987, 2812 (2813).

⁷ *K. Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2011, § 124 Rn. 7; instruktiv *Klinck* (Fn. 3), V. Rn. 15 i.V.m. Rn. 87 m.w.N.

ausübungsmöglichkeit durch die Schlüsselinhabschaft entscheidend sei.⁸ Diesem Ansatz folgend hätte die A KG keinen Besitz am Fahrzeug, sodass es an der für §§ 990 Abs. 1 S. 1, 989 BGB notwendigen Vindikationslage fehlte, mithin ein Anspruch nicht bestünde.

Gegen die vorstehende Ansicht sprechen dreierlei Gründe: G hatte Kenntnis über den Standort des Fahrzeugs, welches der A KG nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB in Verbindung mit § 166 Abs. 2 S. 2 BGB zugerechnet wird. Somit hatte nur die A KG eine jederzeitige Zugriffsmöglichkeit auf das Fahrzeug mittels ihrer Organe. Zudem darf das Merkmal der „tatsächlichen Gewalt“ nicht isoliert, sondern muss kumuliert mit dem Willen betrachtet werden,⁹ weshalb es im gegenständlichen Zusammenhang entscheidend darauf ankommt, dass die A KG den zugerechneten Willen hatte, das Fahrzeug der Eingriffsmöglichkeiten durch F zu entziehen: Diese Verdrängung der F aus ihrer Besitzposition manifestiert sich nach dem Abstellen des Fahrzeugs auf dem öffentlichen Parkplatz über den Zeitpunkt des Herausgabeverlangens bis zum Zeitpunkt der Anspruchsstellung durch den Willen des G, den Standort des Fahrzeugs nicht Preis geben zu wollen, um gerade auf diese Weise die Position der A KG zu erhalten. Schließlich entspricht es der Verkehrsanschauung, eine nähere Beziehung zu einem Gegenstand anzunehmen, wenn die jederzeitige Eingriffsmöglichkeit besteht. Mithin war die A KG im Besitz des Fahrzeugs.

Hinweis: Wer an dieser Stelle der vertretbaren Ansicht folgt, die A KG habe keinen Besitz, muss sich nun die Frage stellen, ob der Schadensersatzanspruch anderweitig geltend gemacht werden kann. Insofern lässt sich an einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB denken. Hierbei muss zum einen problematisiert werden, wodurch eine Rechts-gutsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB vorliegt. Zum anderen müsste im Rahmen der Rechtswidrigkeiten erörtert werden, inwiefern ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht eine Rechtfertigung darstellen kann. Den Inhalt des Zurückbehaltungsrechts müssen aber auch die hier anders prüfenden Kandidaten - so wie nachfolgend dargestellt - erörtern.

3. Recht zum Besitz des Anspruchsgegners (A KG)

Der Vindikationslage könnte ein Besitzrecht der A KG im Sinne des § 986 Abs. 1 S. 1 BGB entgegenstehen. Nach § 986 Abs. 1 S. 1 BGB müsste die A KG zum Besitz „berechtigt“ sein. Eine solche Berechtigung der A KG könnte sich aus einem etwaigen Zurückbehaltungsrecht (e.g. § 273 BGB oder § 320 BGB) ergeben. Hierbei stellt sich jedoch zuvor die systematisch-dogmatische Frage, ob ein Zurückbehaltungsrecht ein Recht zum Besitz begründen kann. Dies erscheint fragwürdig, wenn man bedenkt, dass durch das Zurückbehaltungsrecht der Anspruch nur inhaltlich modifiziert wird, ihn aber nicht vollständig ausschließt: die Erhe-

⁸ So Lorenz, JuS 2009, 1025 (1029); siehe ferner Stöber, DAR 2008, 72 (74).

⁹ Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 854 Rn. 15.

bung dieser Einrede führt nur zur Verurteilung Zug-um-Zug (§ 274 BGB), nicht zur Klageabweisung. Daraus ergibt sich, dass das Zurückbehaltungsrecht nicht in das Konzept des § 986 BGB hineinpasst.¹⁰ Dem widerspricht der BGH¹¹ insofern, als entscheidend auf den Sinn und Zweck der Möglichkeit abgestellt werden müsse, ein Recht zum Besitz geltend machen zu können, um in einem einheitlichen Lebenssachverhalt mit wirtschaftlich parallellaufenden Interessen nicht leisten zu müssen. Folglich hätte die A KG ein Recht zum Besitz, wenn ihr E einen gegen F bestehenden Anspruch wirksam abgetreten hätte.

Auch wenn man mit dem BGH den Unterschied zwischen Einwendungen und Einreden nicht ins Gewicht fallen lässt, so spricht doch ein systematisches Argument gegen die Annahme eines Zurückbehaltungsrechts als Recht zum Besitz: Nach der Linie des BGH müsste man konsequenterweise auch § 1000 BGB als ein Recht zum Besitz qualifizieren. § 1000 BGB setzt indessen eine Vindikationslage voraus, die aber gar nicht entstehen könnte, wenn eben dieses Zurückbehaltungsrecht ein Recht zum Besitz darstellen soll. Daneben soll das Zurückbehaltungsrecht lediglich ein Druck- und Sicherungsmittel darstellen, wobei die Nutzung der Sache hiervon nicht erfasst ist. Diese Nutzungsmöglichkeit ist freilich ein Charakteristikum des Rechts zum Besitz, wie sich aus einem systematischen Umkehrschluss aus § 987 BGB ergibt. Mithin kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht als Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB geltend gemacht werden.¹²

Andere Positionen, die ein Recht zum Besitz der A KG nach § 986 BGB begründen könnten, sind nicht ersichtlich.

Hinweis: Auch Kandidaten, die an eine GoA zwischen der A KG und der F denken (dazu sogleich mehr), müssen hier wie vorstehend problematisieren: Eine GoA vermag ein Zurückbehaltungsrecht zu begründen, jedoch kein eigenständiges Recht zum Besitz.¹³ Gleiches gilt mutatis mutandis für § 859 BGB.

4. Zwischenergebnis

Mithin lag zwischen der A KG und F zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Herausgabeverlangens eine Vindikationslage vor.

Hinweis: Wer der Ansicht des BGH in vertretbarer Weise folgt, muss nunmehr die unten diskutierten Ansprüche des E gegen F bereits hier prüfen, weil auch der BGH meint, § 986 BGB schließe die Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB nicht vollständig aus: Ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Herausgabeanpruch des Eigentümers gebe es nur in Höhe eines zu seinen Gunsten bestehenden Saldos („entsprechende Anwendung der Saldotheorie“).

¹⁰ Siehe etwa Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 986 Rn. 32 ff.; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 26a.

¹¹ Siehe hierzu etwa BGHZ 64, 122 (124 f.); 149, 326 (333).

¹² Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 10.

¹³ Vgl. nur Baldus (Fn. 10), § 986 Rn. 30 m.w.N.

Das Ergebnis wird mit der nachstehenden Prüfung identisch sein, weil im gegenständlichen Fall kein Zurückbehaltungsrecht besteht. Die Kandidaten sollten sich dennoch für eine Ansicht im Zusammenhang mit dem Recht zum Besitz entscheiden, weil dies für den Prüfungsaufbau von Relevanz ist.

III. Bösgläubigkeit nach § 990 Abs. 1 S. 2 BGB

Weiterhin müsste der Anspruchsgegner (hier: A KG) in Bezug auf ihre Besitzberechtigung bösgläubig im Sinne des § 990 Abs. 1 S. 2 BGB gewesen sein. Danach bedarf es der positiven Kenntnis der A KG. G hatte positive Kenntnis von der fehlenden Besitzberechtigung ab dem zweiten Telefonat mit F. Diese wird nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB i.V.m. § 166 Abs. 2 S. 2 BGB der A KG zugerechnet. Mithin ist die Bösgläubigkeit der A KG nach § 990 Abs. 1 S. 2 BGB zu bejahen.

IV. Zusätzliche Voraussetzungen: §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB

§ 990 Abs. 2 BGB lässt die Haftung wegen Verzugs unberührt, sodass nunmehr die Voraussetzungen nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB erörtert werden müssen.

1. Schuldverhältnis

Die Vindikationslage (i.e. das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis) als gesetzliches Schuldverhältnis stellt ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB dar.

2. Verzug

Die A KG ist im Verzug, wenn sie einen fälligen und durchsetzbaren Herausgabeanspruch der F trotz Mahnung nicht befriedigt hat.

a) Fälligkeit

Die nach dem Wortlaut des § 286 Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche Fälligkeit liegt aufgrund nicht entgegenstehender Angaben nach § 271 Abs. 1 BGB („sofort“) vor, sodass die A KG das Fahrzeug durch Preisgabe des Standortes hätte sofort herausgeben müssen.

b) Durchsetzbarkeit

Darüber hinaus muss der fällige Herausgabeanspruch durchsetzbar¹⁴ gewesen sein. Die A KG könnte ein die Durchsetzbarkeit hinderndes Zurückbehaltungsrecht aufgrund einer ihr von E abgetretenen Forderung haben. Mangels synallagmatischer Verknüpfung (do ut des) des Herausgabeanspruchs mit etwaigen Forderungen, die abgetreten wurden, kommt ein Zurückbehaltungsrecht nicht nach § 320 Abs. 1 BGB, sondern nach § 273 Abs. 1 BGB in Betracht. Eine laien günstige

¹⁴ Die Durchsetzbarkeit als Tatbestandsvoraussetzung des § 286 Abs. 1 BGB kann man zwar nicht dem Gesetz entnehmen, doch wird diese Voraussetzung zu Recht verlangt, vgl. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 286 Rn. 21 ff. m.w.N.

Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der Aussage, den Standort erst gegen Zahlung bekannt geben zu wollen, lässt eine Deutung dahin gehend zu, dass der vertretungsbefugte G sich auf ein möglicherweise bestehendes Zurückbehaltungsrecht aus abgetretenem Recht berufen¹⁵ hat. Seine Äußerung wird nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB in Verbindung mit § 164 Abs. 1 BGB der A KG zugerechnet.

Hinweis: Man könnte zwar an eine GoA im Verhältnis zwischen der A KG und F denken. Jedoch ist insbesondere die hiesige vertragliche Beziehung zwischen der A KG und dem E das entscheidende Momentum gegen die Annahme einer GoA. Hier handelt der Abschleppunternehmer als „pflichtgebundener Geschäftsführer“. Dies spricht nicht grundsätzlich gegen die Annahme einer GoA, allerdings dann, wenn die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers (insbesondere Bezahlung) abschließend im Vertrag geregelt sind.¹⁶ Im Rahmenvertrag sind die Rechte und Pflichten zwischen E und der A KG abschließend geregelt.

aa) Dingliches Rechtsgeschäft (Abtretung)

Daher muss erörtert werden, ob die A KG eine wirksame Forderung von E nach § 398 S. 1 BGB abgetreten bekommen hat.

(1) E als tauglicher Vertragspartner

E wurde in Konformität der §§ 56 ff. BGB ins Vereinsregister eingetragen und ist damit nach § 21 BGB rechtsfähig, sodass Rechtsgeschäfte seiner vertretungsbefugten Organe nach §§ 26 Abs. 1 S. 1, 164 Abs. 1 BGB¹⁷ für und gegen ihn wirken.

(2) Einigung und Bestimmtheit

Beim Einigungsvorgang (Telefonat) ist G für die A KG und V für E aufgetreten. Dabei war V nach § 26 Abs. 1 S. 2 BGB und G nach §§ 161 Abs. 2, 114 ff., 125 ff. HGB mit Vollmacht ausgestattet. Ihre auf ein dingliches Rechtsgeschäft (hier: Abtretung) bezogenen Willenserklärungen entfalten mithin nach § 164 Abs. 1 BGB (bei G zusätzlich unter Anwendung der §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB) für und gegen die A KG einerseits und dem E andererseits rechtliche Wirkung.

Aufgrund der Rechtsnatur der Abtretung als dingliches Rechtsgeschäft (scil. Verfügung) könnte man mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz daran zweifeln, ob eine künftige, noch nicht entstandene Forderung abgetreten werden kann. Eine sog. Vorausabtretung ist nur dann zulässig, wenn die

¹⁵ Konstitutive Voraussetzung für die Verhinderung der Verzugsfolgen bei § 273 Abs. 1 BGB, vgl. *Löwisch/Feldmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 286 Rn. 20.

¹⁶ BGH NJW-RR 2004, 81 (83); vgl. zu einer solchen Konstellation *Huncke*, JURA 2010, 852 (853 f.); daneben *Stöber*, DAR 2008, 72 (73).

¹⁷ Siehe nur *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 1134.

Parteiabrede derart bestimmt ist, dass zum Zeitpunkt der Forderungsentstehung die antizipierte Abtretung einer konkreten Forderung erkennbar ist.¹⁸ Im Rahmenvertrag wird der Umstand, der eine Forderung begründen würde, detailliert umschrieben und festgelegt. Diese künftige Forderung muss also aufgrund eines *argumentum a fortiori* ex § 185 Abs. 2 BGB abgetreten werden können. Dass der Anspruchsgegner noch nicht bekannt ist, ist nicht von Bedeutung. Mithin liegt hier kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vor.

Folglich wurde eine sog. Vorausabtretung vereinbart, sodass etwaigen Forderungen des E bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses an die A KG nach § 398 S. 1 BGB abgetreten wurden.

(3) Keine rechtsvernichtenden Einwendungen

§ 399 Alt. 1 BGB steht der Abtretung nicht als rechtsvernichtende Einwendung entgegen: E tritt zwar entweder einen etwaigen Befreiungsanspruch bezüglich getätigter Aufwendungen (§ 257 S. 1 BGB) oder einen auf Freistellung von seiner Zahlungsverpflichtung gegenüber der A KG gerichteten Schadensersatzanspruch (Rechtsfolge des § 249 Abs. 1 BGB) gegen einen - künftigen - Falschparker an die A KG als Leistung „an Erfüllung statt“ (§ 364 Abs. 1 BGB) ab. Hierdurch ändert sich der ursprüngliche Befreiungs- bzw. Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch der A KG gegen den Falschparker.¹⁹ Jedoch ist eine Abtretung im Lichte der Ratio des § 399 BGB gerade dann zulässig, wenn der Gläubiger (hier: A KG) seine Forderung in Form eines Zahlungsanspruchs geltend machen kann.²⁰

Unabhängig vom Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses kommt mangels Vergleichbarkeit zwischen der Abschleppfähigkeit und Geldzahlung als auch wegen der fehlenden Zwangslage²¹ bei der E eine Nichtigkeit des Rahmenvertrages nach § 138 Abs. 2 BGB, welche sich auch auf die Abtretung als dingliches Geschäft auswirkte,²² nicht in Betracht.

Schließlich könnte man an eine Nichtigkeit nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 2 RDG²³ denken. Jedoch setzt § 2 Abs. 2 RDG eine Einziehung einer fremden

oder zum Zwecke der Einziehung auf fremde Rechnung abgetretenen Forderung voraus, wobei die Forderungseinziehung als eigenständiges Geschäft getätigt worden sein muss (Inkassodienstleistung). Die hier gegenständlichen Forderungen stehen zunächst E zu. Entscheidend ist indessen, dass die Forderungsgeltendmachung durch die A KG sowohl auf eigene Rechnung als auch auf eigenes Risiko²⁴ erfolgen soll, sodass gegenüber E eine Abschleppfähigkeit erbracht wird. Mithin kann die Tätigkeit des A kaum als Inkassodienstleistung eingestuft werden, sodass eine Nichtigkeit nach § 134 BGB ausscheidet.

bb) Bestehen der Forderung

Ferner müsste die wirksam abgetretene Forderung bestehen. Eine solche Forderung besteht dann, wenn E von F die Kosten für das Abschleppen hätte ersetzt verlangen können.

(1) Vertragliche Ansprüche

Vertragliche Ansprüche scheiden aus: Dem Hinweisschild lässt sich entnehmen, dass E lediglich den eigenen Mitgliedern für eine bestimmte Dauer einen Parkplatz zum Parken anbieten wollte. Mithin lag ein Angebot der E im Verhältnis zu F nicht vor. Aus diesem Grund scheidet auch das Zustandekommen eines Vertrages nach der Lehre vom sozialtypischen Verhalten aus; über diese Figur lässt sich - sofern man sie überhaupt anerkennt - nur die Annahme eines Angebots konstruieren, nicht aber das Angebot selbst.²⁵

Auch liegt kein Anspruch gem. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB vor:²⁶ Zwar kommt ein gesetzliches Schuldverhältnis aus § 1004 Abs. 1 BGB in Betracht. Zumind. wurde keine - erforderliche - Frist zur Beseitigung des Fahrzeugs gegenüber F gesetzt. Insoweit soll nicht näher auf die Sinnhaftigkeit des Weges eingegangen werden.²⁷

(2) Aufwendungsersatzanspruch i.H.v. € 250,- gem. §§ 670, 677, 683 S. 1 BGB

E könnte gegen F einen Aufwendungsersatzanspruch i.H.v. € 250,- gem. §§ 670, 677, 683 S. 1 BGB haben.

(a) Geschäftsführung

Die Beauftragung der A KG durch E erfolgte durch einen Rahmenvertrag. Unabhängig von der genauen Einordnung dieses Vertrages handelt es sich hierbei um eine rechtsgeschäftliche Handlung der E, welche als Geschäft im Sinne des § 677 BGB eingestuft werden muss.

(b) Fremdes Geschäft im Sinne des § 677 BGB

Des Weiteren müsste es sich bei der Beauftragung der A KG um ein für E fremdes Geschäft handeln. Unter einem fremden Geschäft im Sinne des § 677 BGB („Geschäft für einen ande-

¹⁸ Vgl. schon BGH NJW 1989, 2383 (2484 f.); *Schmidt-Kessel*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2014, H. Rn. 15 u. 19.

¹⁹ BGH NJW 2012, 528 (529); vgl. BGH NJW 2010, 2197 (2198 f.).

²⁰ *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 399 Rn. 4; *Krüger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 257 Rn. 8; *Bittner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 257 Rn. 11, beide jeweils m.w.N.

²¹ Ausführlicher hierzu LG München I, Urt. v. 14.8.2013 – 15 S 19287/11, Gliederungspunkt II. 2. b) bb) (1) und (2).

²² Dagegen wirkt sich eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nicht auf das dingliche Geschäft aus; vgl. hierzu *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 164 f.; differenzierend *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 138 Rn. 165 ff.

²³ Näher zu § 2 Abs. 2 RDG *Stöber*, DAR 2008, 72 (74).

²⁴ BGH NJW 2012, 528 (529).

²⁵ Näher hierzu *Hunke*, JURA 2010, 852 (854 m.w.N.).

²⁶ *Bezenberger*, JZ 2005, 373 (375 ff.) regt diesen Weg an; siehe auch OLG Karlsruhe NJW 2012, 1520 (1521).

²⁷ Siehe zur Kritik nur *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 159 m.w.N.

ren“) ist jedes Geschäft zu verstehen, welches in dem Rechts- und Interessenkreis eines anderen liegt.²⁸ An der Fremdheit des Geschäfts könnte man zweifeln, wenn man die gesetzliche Räumungspflicht der F in den Mittelpunkt rückt. Allerdings ist entscheidend, dass E hauptsächlich im eigenen Interesse das Fahrzeug hat abschleppen lassen. Jedenfalls bewegt sich das Geschäft in zwei Interessen- und Rechtskreisen. Hierbei handelt es sich um ein „auch fremdes Geschäft“²⁹, welches als ein „Geschäft für einen anderen“ im Sinne des § 677 BGB qualifiziert werden kann.

(c) *Fremdgeschäftsführungswillen*

Ferner müsste E die Beauftragung der A KG mit einem Fremdgeschäftsführungswillen vorgenommen haben. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass E auch den Willen und das Bewusstsein hatte, eigene Interessen (scil. Ausübung des Selbsthilferechts) wahrzunehmen. Freilich wurde mit dem Geschäft eine Pflicht der F aus §§ 862 Abs. 1, 823 Abs. 1, 985, 1004 Abs. 1 S. 1 BGB oder eben aus §§ 861 Abs. 1, 1007 Abs. 1, Abs. 2 BGB erfüllt. Bei einem solch „auch fremden Geschäft“³⁰ wird (widerleglich) der Fremdgeschäftsführungswille auch bei einem „Mitbesorgen“ eigener Geschäfte vermutet.³¹ Mithin kann widerleglich vermutet werden, E habe mit Fremdgeschäftsführungswillen die A KG beauftragt.

(d) *Kein Rechtsverhältnis: § 677 BGB*

Ferner ist die von § 677 BGB aufgestellte Negativvoraussetzung („ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt“) mangels eines Rechtsverhältnisses oder anderweitiger Berechtigung zwischen E und F erfüllt.³²

(e) *Berechtigung: § 683 S. 1 BGB*

Darüber hinaus müsste nach § 683 S. 1 BGB die Beauftragung der A KG im Interesse der F gelegen haben und ihrem tatsächlichen Willen oder (subsidiär) dem mutmaßlichen Willen zum Zeitpunkt der Geschäftsvornahme entsprechen.

Unabhängig davon, ob F als Besitzstörerin (§ 859 Abs. 1 BGB) oder Besitzentzieherin (§ 859 Abs. 3 BGB)³³ eingestuft

wird, ist das Freiräumen der Parkfläche eine für F objektiv nützliche Handlung, die sie von einer gesetzlichen Handlungspflicht befreit.³⁴ Mithin ist das Beauftragen der A KG – auch – im Interesse der F.

Indessen sind Umstände, die auf einen entsprechenden ausdrücklichen oder konkludenten Willen der F hinweisen könnten, nicht ersichtlich. Demnach ist zu erörtern, ob die Beauftragung der A KG zum Zwecke der Störungsbeseitigung dem mutmaßlichen Willen der F im Zeitpunkt des Geschäfts entsprochen hätte. Beim mutmaßlichen Willen ist dabei grundsätzlich auf die „objektive Nützlichkeit“ des Geschäfts zum Zeitpunkt der Geschäftsübernahme für den Geschäftsherrn abzustellen.³⁵ Die „objektive Nützlichkeit“ des Geschäfts muss anhand aller Umstände des Einzelfalls ermittelt werden.³⁶ Berücksichtigt man die mit der Beauftragung der A KG einhergehende Befreiung der F von ihrer gesetzlichen Beseitigungs- bzw. Herausgabepflicht, so könnte man durchaus annehmen, die Beauftragung sei für F „objektiv nützlich“ und entspreche daher ihrem mutmaßlichen Willen.³⁷ Dagegen spricht freilich, dass die Tatbestandsvoraussetzung des mutmaßlichen Willens im Sinne des § 683 S. 1 BGB nicht darauf ausgerichtet ist, ein pflichtgemäßes Verhalten des Geschäftsherrn zum Zeitpunkt der Geschäftsvornahme herauszufinden: die Vorschrift stellt auf die subjektiven Interessen des Geschäftsherrn ab, die zum Zeitpunkt der Geschäftsvornahme hätten vorliegen können. Man kann also von der „Nützlichkeit eines Geschäfts“ auf den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn schließen, ist jedoch hierzu nicht denknotwendig verpflichtet. Insofern wird man nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgehen müssen, dass F bei Kenntnis der Sachlage das Auto hätte schlicht wegparken wollen, ohne dabei die Kosten für einen Abschleppunternehmer tragen zu müssen.³⁸ Folglich wird man die Beauftragung der A KG nicht als im mutmaßlichen Willen der F zum Zeitpunkt der Geschäftsvornahme angesiedelt ansehen können.

Nach § 679 BGB könnte der entgegenstehende mutmaßliche Wille der F unbeachtlich sein, wenn ein öffentliches Interesse an der Ausführung des Geschäfts bestand. Fasst man das Falschparken als eine „grassierende Unsitte“ auf, lässt sich durchaus eine Gefahr für die öffentliche Ordnung als im Sinne einer etablierten „Sitte“ der Rechtsverletzung durch Falschparker auffassen, sodass die Vorbeugung dieser „Unsitte“ durch das Abschleppen vom „öffentlichen Interes-

666 (667); Besitzentziehung vertreten von *Baur/Stürner* (Fn. 10), § 9 Rn. 15; *Neuner*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2008, S. 25 Rn. 65.

³⁴ Vgl. *Baldringer/Jordans*, NZV 2005, 75 (77); *Schwarz/Ernst*, NJW 1997, 2550 (2551); *Janssen*, NJW 1995, 624.

³⁵ *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 683 Rn. 30, 34.

³⁶ *Seiler* (Fn. 31), § 683 Rn. 10 m.w.N.

³⁷ So etwa von *Schwarz/Ernst*, NJW 1997, 2550 (2551), für Fälle der hiesigen Art vertreten.

³⁸ In diese Richtung für Fälle der hiesigen Art argumentierend *Martinek* (Fn. 31), Rn. 110, m.w.N.

²⁸ BGH NJW-RR 2001, 1282 (1284, m.w.N.).

²⁹ Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, Rn. 406 ff.

³⁰ So zutreffend *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (712); wohl a.A. *Stöber*, DAR 2008, 72 (73); andeutend *Janssen*, NJW 1995, 624: „objektiv fremdes Geschäft“.

³¹ Siehe *Seiler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 677 Rn. 6 m.w.N.; Kritik zur sog. Auch-Gestion *Martinek*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2014, S. Rn. 104 ff., insbesondere Rn. 106, der den Fremdgeschäftsführungswillen eher ablehnen würde (vgl. Rn. 110).

³² § 859 BGB ist für die gegenständliche Frage unerheblich; siehe für eine gutachterliche Darstellung und den Hinweis auf die bisweilen angenommene Ausschlusswirkung des § 859 BGB im Verhältnis zur GoA *Hunke*, Jura 2010, 852 (855).

³³ Besitzstörung differenzierend vertreten von *Schwarz/Ernst*, NJW 1997, 2550 (ebd. m.w.N.); daneben *Dörner*, JuS 1978,

se“ getragen sein könnte.³⁹ Doch eine solche Begriffsauffassung legt ein zu weites Verständnis des „öffentlichen Interesses“ im Sinne des § 679 BGB zugrunde: Dieser Begriff umfasst lediglich spezifische öffentliche Interessen, die sich dadurch ergeben können, dass die Verletzung einer privaten oder öffentlich-rechtlichen Pflicht eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung herbeiführt, also auch - aber nicht ausschließlich - für das Individualrechtsgut eines Anderen.⁴⁰ Daher muss das öffentliche Interesse im hiesigen Sinne eng verstanden und nur dann angenommen werden, wenn etwa das Falschparken zu einer konkreten Gefahr für den Straßenverkehr, bspw. durch die Versperrung anderer Autos, des gesamten Verkehrs oder von Flucht- und Rettungswegen führt.⁴¹ Das Falschparken durch F verursacht keine dieser Gefahren. Folglich lag keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor. Mithin lässt sich kein „öffentliches Interesse“ im Sinne des § 679 BGB annehmen.

Hinweis: Wer der vertretbaren Ansicht folgt, ein öffentliches Interesse läge vor, muss an dieser Stelle die Rechtsfolge der hier gegenständlichen Ansprüche prüfen. Damit muss also erörtert werden, ob die Beauftragung der A KG als erforderliche Aufwendung im Sinne des § 670 BGB zu qualifizieren ist. Kandidaten, die diesen Weg wählen, müssen also bereits hier erörtern, welche der im Sachverhalt aufgeführten Kostenpositionen erstattungsfähig sind und in welcher Höhe sie jeweils ersetzt werden können. Im Ergebnis müssen die unten aufgeführten Wertungen berücksichtigt und entsprechend dem dortigen Ergebnis die Kosten erstattet werden.⁴²

(f) Zwischenergebnis

E hat gegen F keinen Anspruch i.H.v. € 250,- nach §§ 670, 677, 683 S. 1 BGB.

(3) Herausgabeanspruch aus §§ 684 S. 1, 812 ff. BGB

Mangels Einschlägigkeit des § 683 S. 1 BGB kann F verpflichtet sein, E alles, was sie (F) durch die Geschäftsführung erlangt hat, gem. §§ 684 S. 1, 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB (condictio ob rem, causa data causa non secuta) herauszugeben. Unabhängig davon, ob es sich beim Verweis aus § 684 S. 1 BGB um einen Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweis

³⁹ Mit der „grassierenden Unsitte“ argumentierend *Lorenz*, NJW 2009, 1025 (1027); für eine weite Auslegung des „öffentlichen Interesses“ *Janssen*, NJW 1995, 624 (625); daneben *Baldringer/Jordans*, NZV 2005, 75 (77).

⁴⁰ So etwa *Bergmann* (Fn. 35), § 679 Rn. 21; weiter differenzierend *Martinek* (Fn. 31), Rn. 122.

⁴¹ So vertreten von *Stöber*, DAR 2008, 72 (73); *Dörner*, JuS 1978, 666 (669); instruktiv zum Ganzen *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (713).

⁴² A.A. *Hunke*, JURA 2010, 852 (856). Wer mit *Hunke* argumentiert, aber im Schadensersatz die hiesigen Ergebnisse in Konformität mit BGH NZV 2012, 127 befürwortet, muss sich eine zusätzliche Frage stellen: Ist in einem solchen Falle die GoA neben dem Deliktsrecht anwendbar?

handelt, scheidet ein Anspruch mangels des „erlangten Etwas“ aus: Die Befreiung der F von der eigenen Leistungspflicht zur Beseitigung der Besitzstörung ist nicht als vermögenswerter Vorteil einzustufen⁴³: Es bereitet F keine Probleme, das Fahrzeug selbst zu entfernen. Ein Anspruch aus § 684 S. 1 BGB in Verbindung mit § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB besteht nicht.

Hinweis: Will man in der Befreiung der Leistungspflicht einen wirtschaftlichen Vorteil der F sehen (kaum noch vertretbar), würde man über § 818 Abs. 2 BGB einen Wertersatzanspruch des E bejahen müssen. Hierbei wäre das Problem der aufgedrängten Bereicherung zu diskutieren.

(4) Ersatzanspruch aus § 858 in Verbindung mit § 859 Abs. 1, Abs. 3 BGB

Teils wurde (früher) vertreten, dass ein Ersatzanspruch einer Person, die Selbsthilfe ausübt, direkt aus § 858 in Verbindung mit § 859 Abs. 1, Abs. 3 BGB folgen könne: Dies gelte auch bei Abschleppfällen.⁴⁴ Dem ist zuzugeben, dass es zwar wünschenswert ist, dass die Selbsthilfe ohne Kosten für den Ausübenden erfolgt,⁴⁵ jedoch enthält § 859 BGB keine dahingehende Rechtsfolge. Der dargestellte Anspruch besteht mithin nicht.

(5) Schadensersatzanspruch i.H.v. € 250,- aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch von E gegen F i.H.v. € 250,- kann sich aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB ergeben.

(a) Anwendbarkeit

Der Anwendbarkeit des Deliktsrechts und damit einem Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB könnte die Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 a.E. entgegenstehen. Damit im gegenständlichen Zusammenhang die Sperrwirkung eintritt, müsste ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (i.e. Vindikationslage) zwischen E (als Eigentümer der Parkfläche) und F (als unberechtigte Besitzerin der Parkfläche) vorliegen. Eine dezidierte Prüfung⁴⁶ dieser Lage erübrigt sich an dieser Stelle jedoch bereits dann, wenn die etwaige Sperrwirkung nach § 992 BGB wegen der deliktischen Besitzverschaffung der F nicht greifen sollte.⁴⁷ In Betracht kommt hierbei ein Delikt wegen verbotener Eigenmacht (§ 858 BGB) der F durch das Abstellen auf dem Parkplatz des E.

Dafür müsste Besitz des E durch eine widerrechtliche Handlung der F entzogen oder gestört worden sein. Besitz juristischer Personen wird durch deren Organe ausgeübt, sog.

⁴³ Vgl. hierzu *Dörner*, JuS 1978, 666 (670).

⁴⁴ Siehe hierzu *Dörner*, JuS 1978, 666 (671).

⁴⁵ So das Argument bei *Dörner*, JuS 1978, 666 (671).

⁴⁶ Instruktiv für eine solche Prüfung *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (714).

⁴⁷ So dann aber auch *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (714).

Organbesitz.⁴⁸ Zunächst müsste folglich V als Vorstand des Vereins für E unmittelbaren Besitz am Parkplatz ausüben. An einer tatsächlichen Sachherrschaft ließe sich zweifeln, weil der Parkplatz nicht besonders abgeschirmt ist, nicht nur V auf das Grundstück tatsächlich einwirken kann und ihm somit in gewissem Rahmen die Sachherrschaft abgesprochen werden könnte. Hingegen ergibt sich aus der Wertung der §§ 854 Abs. 2, 856 Abs. 2 BGB, dass eine unablässige Einwirkung auf eine Sache nicht konstitutiv für den Besitz ist. Eine ausreichende Machtposition in Bezug auf das Grundstück wird durch die Nutzung der Grundfläche als Parkplatz geschaffen, wobei auch durch das Aufstellen der Schilder ein Herrschaftswille zum Ausdruck gebracht wird. E ist also in unmittelbarem Besitz des Parkplatzes.⁴⁹

F ist kein Mitglied des Vereins und handelte somit durch das Abstellen ihres Fahrzeugs auf dem Vereinsparkplatz entgegen dem Willen (geäußert auf dem Hinweisschild) des E. F hat also durch das Falschparken eine verbotene Eigenmacht nach § 858 Abs. 1 BGB verübt. Ob man in dem Verhalten eine Besitzentziehung im Sinne des § 858 Abs. 1 Alt. 1 BGB oder eine Besitzstörung im Sinne des § 858 Abs. 1 Alt. 2 BGB sehen möchte, ist für das Vorliegen der verbotenen Eigenmacht nicht von Relevanz.

Mithin handelte F deliktisch, sodass die Vorschriften des Deliktsrechts nach § 992 BGB obgleich des Vorliegens der Vindikationslage anwendbar sind.

(b) Rechtsgutsverletzung

Das Falschparken der F führt nicht zu einer Substanzbeeinträchtigung des Parkplatzes des Eigentümers E, sodass aus diesem Grunde eine Rechtsgutsverletzung in Form der Eigentumsverletzung ausscheidet. Allerdings konnte E die Parkfläche seinen Vereinsmitgliedern während der Zeit des Falschparkens nicht anbieten, sodass eine Verletzung in Form einer Nutzungsentziehung vorliegt.⁵⁰ Zudem könnte man in Anlehnung an den Fleet-Fall⁵¹ eine Rechtsgutsverletzung in Form der Einschränkung der Befugnisse des Eigentümers annehmen. Freilich führt eine Klassifizierung von „Dispositionsbeeinträchtigungen“⁵² als Rechtsgutsverletzung zu erheblichen systematischen Schwierigkeiten im Deliktsrecht.⁵³ Daher

⁴⁸ K. Schmidt (Fn. 7); Klinck (Fn. 3), V. Rn. 15 i.V.m. Rn. 87, m.w.N.

⁴⁹ Auch eine etwaige Einordnung des Abschleppunternehmens als Besitzdiener aufgrund einer Überwachungsfunktion (so vertreten von Fritzsche, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 32, Stand: 1.8.2014, § 855 Rn. 4; a.A. Woitkewitsch, MDR 2005, 1023 [1024]) ändert nichts an dem Besitz des Grundstückseigentümers (hier: E).

⁵⁰ Für eine solche Einordnung des Falschparkens Lorenz, NJW 2009, 1025 (1026); Janssen, NJW 1995, 624 (625); Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 173 i.V.m. Rn. 180; allgemein hierzu Hager, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2014, T. Rn. 226.

⁵¹ BGHZ 55, 153.

⁵² So ausdrücklich Hager (Fn. 50), Rn. 227.

⁵³ Kritik andeutend Wagner (Fn. 50), § 823 Rn. 180; differenzierend Hager (Fn. 50), Rn. 229 ff.

wird die vorstehende Rechtsprechung nicht transferiert und die „Dispositionsbeeinträchtigung“ nicht als Eigentumsverletzung qualifiziert.

Wenn man die mit dem Besitzrecht (hier: am Parkplatz) einhergehende Ausschlussfunktion (§§ 861, 1007 Abs. 1, Abs. 3 BGB e contrario) und die Nutzungsfunktion aus der Wertung des § 987 BGB - jedenfalls - beim berechtigten Besitzer berücksichtigt,⁵⁴ kann man zudem die Verletzung eines sonstigen Rechts nach § 823 Abs. 1 BGB, verstanden als absolutes Recht⁵⁵, in Betracht ziehen.

(c) Haftungsbegründende Kausalität

Die haftungsbegründende Kausalität ist zu bejahen.

(d) Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit wird durch die Rechtsgutsverletzung indiziert.

(e) Verschulden

Auch hat F vorsätzlich, mithin schuldhaft gehandelt.

(f) Schaden

Die durch den Abschleppvorgang verursachten Kosten sind Vermögenseinbußen des E, die als Schaden im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sind.

(g) Haftungsausfüllende Kausalität

Die Ersatzfähigkeit des Schadens bestimmt sich dabei grundsätzlich nach § 249 Abs. 1 BGB und setzt insbesondere die haftungsausfüllende Kausalität voraus. Danach ist die Naturalrestitution geschuldet, also die Herstellung des Zustandes, welcher ohne das schädigende Ereignis vorläge. Allerdings sind nur solche Schäden ersatzfähig, die durch die Rechtsgutsverletzung äquivalent und adäquat kausal verursacht wurden und nicht außerhalb des Schutzzweckes der Norm liegen. Also sind grundsätzlich nur die Kosten als Schaden zu ersetzen, die nicht auch dann entstanden wären, wenn man das Falschparken hinweg dächte. Im gegenständlichen Zusammenhang bietet sich eine Differenzierung der Kosten nach der jeweiligen Abrechnungsposition an: Kosten für den Abschleppvorgang i.H.v. € 150,-, Verwaltungskosten i.H.v. € 60,- und Überwachungskosten i.H.v. € 40,-.

(aa) Abschleppkosten

Zwischen der verbotenen Eigenmacht der F und der Entstehung der Kosten durch den Abschleppvorgang ist eine Handlung des E (scil. Beauftragung der A KG) dazwischengetreten. Es ist daher fraglich, ob die haftungsausfüllende Kausalität hinsichtlich der Abschleppkosten i.H.v. € 150,- bejaht werden kann.

⁵⁴ Ausführlich Medicus/Petersen (Fn. 29), Rn. 607 f.; Wagner (Fn. 50), § 823 Rn. 221.

⁵⁵ Wagner (Fn. 50), § 823 Rn. 205; differenzierend Hager (Fn. 50), Rn. 238.

Die *conditio-sine-qua-non* Formel hilft hier nicht weiter: Die Kosten für den Abschleppvorgang sind unmittelbar auf die Beauftragung der A KG und lediglich mittelbar auf das Falschparken der F zurückzuführen. Daher könnte die Adäquanztheorie weiterhelfen, derzufolge solche Schäden ersatzfähig sind, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht außerhalb des zu Erwartenden liegen. Am Eingang zu den Parkplätzen war ein Hinweisschild angebracht, worauf das Abschleppen bei widerrechtlich geparkten Fahrzeugen angekündigt wurde, sodass der Schaden adäquat kausal auf die Rechtsgutsverletzung zurückzuführen ist.

Damit wird jedoch nicht die Frage nach der Einordnung des Dazwischentretens des E beantwortet. Daher ist danach zu fragen, ob der Schutzzweck der Norm den konkret gegenständlichen Schaden zu vermeiden intendiert. Dies ist dann der Fall, wenn der Schaden eine Folge darstellt, „die in den Bereich der Gefahren [fällt], um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde“⁵⁶ und es muss „ein innerer Zusammenhang zwischen der Pflicht- oder Normverletzung und dem Schaden, nicht nur eine mehr oder weniger zufällige äußere Verbindung“⁵⁷ bestehen. Das normative Momentum liefert in diesem Zusammenhang die Wertung des Selbsthilferechts nach § 859 BGB.⁵⁸ Durch das Falschparken der F könnte also E herausgefordert worden sein, von seinem nach § 859 BGB bestehenden Recht Gebrauch zu machen. Von diesem Recht hat er wegen der durch F veranlassten Handlung Gebrauch gemacht. Freilich ist die Beauftragung der A KG vor der durch F begangenen verbotenen Eigenmacht erfolgt. Man könnte also an einer „Herausforderung“ durch F zweifeln.⁵⁹ Entscheidend ist aber, dass die Beauftragung der A KG mit der Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) erfolgte, das Abschleppen selbst nach einer etwaigen verbotenen Eigenmacht in Form des Falschparkens durchzuführen. Dass diese Bedingung eingetreten ist, wird durch die verbotene Eigenmacht ausgelöst. Insofern ist die Herausforderungssituation in der Herbeiführung der Bedingung zu erblicken. Die durch E gesetzte Bedingung stellt zwar ein Dazwischentreten im Kausalzusammenhang dar, jedoch wird diese Bedingung von F ausgelöst, folglich das Dazwischentreten des E herausgefordert.⁶⁰ Dass E sich herausgefordert fühlen durfte, ergibt sich erneut aus der Wertung des § 859 BGB, woraus sich die „billigenswerte Motivationslage“ des E ableiten lässt. Damit unterbricht das Dazwischentreten des E die normative Zurechnung des bei ihm (E) entstandenen Schadens zur durch F ausgelösten Rechtsgutsverletzung nicht. Für die Abschlepp-

kosten i.H.v. € 150,- ist die haftungsausfüllende Kausalität damit zu bejahen.

(bb) Verwaltungskosten

Freilich fragt es sich, ob die vorstehend aufgeführte Wertung des § 859 BGB auch die Verwaltungskosten i.H.v. € 0,- als vom intendierten Schutzzweck der Norm umfasst erkennen lässt. Zweifeln könnte man insofern, als diese Kostenposition nicht für die Ausübung des Selbsthilferechts relevant ist, sondern erst im nächsten Schritt als Folge des Selbsthilferechts ausgelöst wurde. Geht man also davon aus, dass es sich bei solchen Kosten um einen Aufwand zwecks „Schadensermittlung und zur außergerichtlichen Abwicklung“ handelt, so könnte man annehmen, diese seien nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst.⁶¹ Indessen sind die Kosten notwendige Bedingung der Schadensbeseitigung, ist doch ein Abschleppvorgang ohne die durchgeführten Tätigkeiten schlicht unmöglich. Somit fallen die Kosten im unmittelbaren Zusammenhang mit der Schadensbeseitigung an, sodass die Wertung des § 859 Abs. 1 u. 3 BGB auch auf diese Kostenposition durchschlägt. Folglich kann die normative Zurechnung erfolgen und die haftungsausfüllende Kausalität auch für den Betrag i.H.v. € 60,- bejaht werden.

(cc) Überwachungskosten

Schließlich ist zu erörtern, ob die haftungsausfüllende Kausalität auch im Hinblick auf die Überwachungskosten i.H.v. € 40,- zu bejahen ist. Hierbei gestalten sich die zeitliche Abfolge und die wertende Betrachtung anders als bei den vorstehenden Kostenpositionen, sodass die bisherigen Erwägungen an dieser Stelle nicht tragen. Diese Kosten sind dadurch entstanden, dass E eine vorsorgliche Überwachung durch die A KG hat ausführen lassen (sog. Vorsorgeaufwendung). Denkt man die Rechtsgutsverletzung durch F hinweg, entfallen die Kosten nicht. Damit ist bereits die Äquivalenz zu verneinen. Indessen ist hier aus normativer Perspektive zu berücksichtigen, dass die Überwachung auch dazu dienen kann, einen potentiellen Schaden so klein wie möglich zu halten: Die Überwachung soll zum alsbaldigen Erkennen und Beseitigen eines etwaigen Schadens führen. Ein solches Verständnis würde die Wertung der Schadensminderungspflicht eines Geschädigten nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB als normatives Momentum in die haftungsausfüllende Kausalität verlagern und hierüber eine normative Zurechenbarkeit begründen.⁶²

Gegen eine solche Annahme muss jedoch vorgebracht werden, dass die Überwachung primär zum Zwecke der Abschreckung durchgeführt wird. Durch die Überwachung selbst wird also keine Schadensminderung intendiert. Zudem stehen die Überwachungskosten in keinerlei Zusammenhang zur verbotenen Eigenmacht, sondern stehen eigenständig neben dieser Handlung und dienen lediglich der Feststellung

⁵⁶ BGHZ 164, 50 (60).

⁵⁷ BGHZ 164, 50 (60); daneben zum Kriterium der Schutzzweck der Norm *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 120 ff.

⁵⁸ Hierzu ausführlich BGHZ 181, 233 (240 f.).

⁵⁹ Soweit ersichtlich gehen die Rechtsprechung und Literatur auf diesen Aspekt nicht ein.

⁶⁰ Siehe zu den sog. „Herausforderungsfällen“ und der damit zusammenhängenden mittelbaren Kausalität *Oetker* (Fn. 57), § 249 Rn. 157 ff.; *Vieweg*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2014, J. Rn. 111 ff.

⁶¹ Vgl. insofern den Denkansatz bei BGH NZV 2012, 127 (128) m.w.N.

⁶² Kritisch und ausführlich *Oetker* (Fn. 57), § 249 Rn. 198 ff., insbesondere Rn. 200.

der verbotenen Eigenmacht. In einem solchen Falle müssen allgemeine Überwachungstätigkeiten der Sphäre des – späteren – Geschädigten zugerechnet werden.⁶³ Folglich sind die Überwachungskosten i.H.v. € 40,- nicht haftungsausfüllend kausal.

(dd) Zwischenergebnis

Mithin sind die Abschlepp- und Verwaltungskosten i.H.v. € 210,- haftungsausfüllend kausal. Die Art der Ersatzfähigkeit bestimmt sich nach § 249 Abs. 1 BGB, sodass F Freistellung von der Zahlungsverpflichtung des V gegenüber der A KG schuldet. Dagegen sind die Überwachungskosten i.H.v. € 70,- nicht ersatzfähig.

(h) Mitverschulden

Unabhängig davon, ob eine Warte- und Nachforschungspflicht mit Blick auf § 859 Abs. 1 u. 3 BGB im gegenständlichen Zusammenhang bestünde,⁶⁴ stellt die zeitnahe Ausübung des Selbsthilferechts kein Mitverschulden nach § 254 Abs. 1 BGB dar.

Allerdings verlangt die A KG keine ortsüblichen, sondern höhere Tarife. Man kann in der Beauftragung eines Unternehmens mit überhöhten Tarifen ein Mitverschulden des E wegen Verletzung einer Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB⁶⁵ erblicken. Das generelle Wirtschaftlichkeitsgebot im Schadensrecht verlangt vom Geschädigten „unter mehreren zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten im Rahmen des ihm Zumutbaren und unter Berücksichtigung seiner individuellen Lage grundsätzlich den wirtschaftlichsten Weg zu wählen.“⁶⁶ Konkret bei der Schadensminderungsobliegenheit soll der Geschädigte „im Rahmen des von einem vernünftigen und sorgfältigen Menschen zu Erwartenden dazu beitragen, dass der Schaden nicht unnö-

tig groß wird“⁶⁷. Demnach hätte E sich über die ortsüblichen Tarife informieren und nicht den teuersten Anbieter in der Region auswählen dürfen.⁶⁸ Auch war sich V über die überhöhten Preise der A KG im Klaren, sodass er fahrlässig handelte und diese Handlung dem E nach §§ 26 Abs. 1 S. 1, 278 S. 1 BGB zugerechnet wird. Demzufolge hat E gegen die Schadensminderungsobliegenheit verstoßen, sodass ihn insoweit ein Mitverschulden nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB trifft. Daher ist der Anspruch bis zur Grenze der ortsüblichen Tarife zu kürzen.⁶⁹ Ortsüblich sind für den Abschleppvorgang als solchen € 100,- und die Verwaltungstätigkeiten € 40.

(i) Zwischenergebnis

E hatte also gegen F einen Schadensersatzanspruch i.H.v. € 140,- nach §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB.

(6) Schadensersatzanspruch §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 858 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Darüber hinaus kommt ein Schadensersatzanspruch nach §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 858 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB in Betracht.

(a) Schutzgesetz

Man könnte zwar am drittschützenden Charakter des § 858 BGB wegen des mangelnden Individualschutzes denken, weil die Funktion der Vorschrift ausschließlich im Herbeiführen des Rechtsfriedens zu erblicken sei.⁷⁰ Dies würde jedoch verkennen, dass der konkrete Besitzer auch individuell vor Störungen und Entziehungen des Besitzes geschützt wird. Insoweit ist § 858 BGB – jedenfalls für den berechtigten Besitzer – als Rechtsnorm (Art. 2 EGBGB) ein Schutzgesetz.⁷¹

(b) Verstoß gegen das Schutzgesetz

Indem F verbotene Eigenmacht ausübte, verletzte sie ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

(c) Rechtswidrigkeit und Verschulden

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

⁶³ So zu Recht für eine allgemeine Parkraumüberwachung BGH NJW 2012, 528 (529).

⁶⁴ Ablehnend insoweit *Lorenz*, NJW 2009, 1025 (1026); näher *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (715).

⁶⁵ Während in BGH NZV 2012, 127 (128) Erwägungen zur Wirtschaftlichkeit eines Abschleppvorgangs – systematisch überzeugend – im Rahmen einer „Schadensminderungspflicht“ i.S.d. § 254 Abs. 2 BGB angestellt wurden, ordnete der BGH in einem aktuellen Urteil (v. 4.7.2014 – V ZR 229/13, Rn. 22 f. = NZM 2014, 763 [765]) die Wirtschaftlichkeit in die „Erforderlichkeit“ der Kosten ein. Damit wird diese Voraussetzung also in die Tatbestandsvoraussetzungen des § 249 Abs. 1 BGB integriert, was systematisch wenig überzeugen kann, in der Klausur aber vollkommen vertretbar ist; siehe für Kritik an der früheren Rechtsprechungslinie des BGH, die nunmehr fortgeführt wird, bereits *Oetker* (Fn. 57), § 249 Rn. 386; siehe auch *Martinek* (Fn. 31), Rn. 112, der im Rahmen von Abschleppfällen die „Schadensminderungsobliegenheit“ des Geschädigten in § 254 Abs. 2 S. 1 BGB verortet; zutreffend auch die Einordnung von *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (715).

⁶⁶ So ausdrücklich BGH NZM 2014, 763 (765).

⁶⁷ *Oetker* (Fn. 57), § 254 Rn. 76.

⁶⁸ In einem ähnlich gelagerten Fall dieses Ergebnis implizierend BGH NZM 2014, 763 (765); vgl. auch LG München I, Ur. v. 14.8.2013 – 15 S 19287/11, Gliederungspunkt II. 2. d) cc).

⁶⁹ Vgl. BGH NZM 2014, 763 (766); zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Schadensminderungsobliegenheit auch *Oetker* (Fn. 57), § 254 Rn. 105 ff.

⁷⁰ So vertreten von *Dörner*, JuS 1978, 666 (668); *Gursky*, JZ 1997, 1094 (1095); *Medicus/Petersen* (Fn. 29), Rn. 621 mit Fn. 46; zögerlich *Prütting*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, Rn. 128: „wohl“.

⁷¹ Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 73, 355 (362); vgl. im gegenständlichen Kontext BGHZ 181, 233 (238).

(d) *Rechtsfolge*

Grundsätzlich ist auf Rechtsfolgenseite in Anlehnung an die oben ausgeführten Erwägungen die Ersatzfähigkeit von € 140,- zu bejahen. Etwas anderes kann sich nur dann ergeben, wenn das Verhalten des E nicht vom Schutzbereich des Selbsthilferechts (haftungsausfüllende Kausalität) erfasst ist.⁷² Insofern könnte man die Konformität der Beauftragung des Abschleppunternehmens mit § 859 Abs. 1 und 3 BGB prüfen, wobei § 859 Abs. 3 BGB etwas strenger ist, weil die Selbsthilfe „sofort“ erfolgt sein muss. Daher müsste man sich grundsätzlich entscheiden, ob das Falschparken eine Besitzstörung oder eine teilweise Besiztzentziehung darstellt.⁷³ Allerdings ist die Beauftragung zeitlich vorgelagert und der Abschleppvorgang unmittelbar nach dem widerrechtlichen Abstellen des Fahrzeugs erfolgt, sodass die strengere Voraussetzung des § 859 Abs. 3 BGB vorliegt. Es bedarf also keines Streitentscheids.

Mithin ist ein Anspruch des E gegen F i.H.v. € 140,- – auch – nach §§ 823 Abs. 2, 858 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB entstanden.

(e) *Rechtsvernichtende Einwendungen*

Diesem Anspruch könnten jedoch rechtsvernichtende Einwendungen entgegenstehen.

(aa) *Verhältnismäßigkeit*

Das Selbsthilferecht stellt eine Durchbrechung des staatlichen Gewaltmonopols dar, sodass nach der Wertung des § 242 BGB nur eine verhältnismäßig durchgeführte Besitzwehr, respektive Besitzkehr, zulässig ist: die Zweck-Mittel-Relation ist entscheidend.⁷⁴ Danach ist „die Ausübung eines Rechts [...] unzulässig, wenn sie der Gegenseite unverhältnismäßig große Nachteile zufügt und andere, weniger schwerwiegende Maßnahmen möglich gewesen wären, die den Interessen des Berechtigten ebenso gut Rechnung getragen hätten oder ihm zumindest zumutbar gewesen wären“.⁷⁵ Der Rahmenvertrag zwischen E und A KG ist mit der Pflicht der Nachforschung und Wartezeit bewusst darauf ausgerichtet, eine schonende Maßnahme zu erwirken. Eine solch abgestufte Vorgehensweise trägt dem Interesse des Schädigers (hier: F) hinreichend Rechnung, sodass die Verhältnismäßigkeit der Ausübung des Selbsthilferechts zu bejahen ist.

(bb) *Treu und Glauben*

Des Weiteren darf mit der Ausübung des Selbsthilferechts nicht gegen den allgemeinen Grundsatz des Treu und Glau-

bens nach § 242 BGB⁷⁶ verstoßen worden sein. Danach darf das Selbsthilferecht nicht ausgeübt werden, wenn keine schutzwürdigen Interessen verfolgt werden.⁷⁷ Es ließe sich vorbringen, die Ausübung des Selbsthilferechts im Zusammenhang mit einem Parkplatz ist nur bei einer tatsächlich bestehenden Beeinträchtigung – etwa wenn das Falschparken tatsächlich ein Parkplatzmangel erzeugt – zulässig.⁷⁸ Eine solche Annahme würde jedoch zu einer Duldungspflicht des Besitzers bis zur Grenze der vollständigen Besiztzentziehung, respektive -störung, entgegen der Wertung des § 859 Abs. 1 und 3 BGB führen⁷⁹ und vermag nicht zu überzeugen. Vielmehr ist entscheidend, dass § 859 Abs. 1 u. 3 BGB schlicht an das Vorliegen einer solchen deliktischen Handlung die Befugnisse des Besitzers anknüpft. Mithin steht § 242 BGB dem Anspruch aus §§ 823 Abs. 2, 858 Abs. 1 BGB nicht entgegen.

(f) *Zwischenergebnis*

Folglich besteht ein Schadensersatzanspruch des E gegen F i.H.v. € 140,- – auch – nach §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 858 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB.

(7) *Zwischenergebnis*

Demnach hatte E Ansprüche, die er wirksam an die A KG abtreten konnte. Diese Ansprüche konnte die A KG der F aus abgetretenem Recht als wirksame Gegenforderungen i.S.d. § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten.

cc) *Sonstige Vss. des § 273 Abs. 1 BGB*

Zudem sind die Wechselseitigkeit von Haupt- und Gegenleistung, die Fälligkeit des Anspruchs (§ 271 Abs. 1 BGB) und die Konnexität, damit also der einheitliche Lebenssachverhalt zu bejahen.

dd) *Kein Ausschluss nach § 273 Abs. 3 BGB*

Allerdings hat F die Summe von € 140,- beim AG Frankfurt a.M. eingezahlt. Eine solche Zahlung kann nach § 273 Abs. 3 S. 1 BGB als Sicherheitsleistung aufgefasst werden. Eine Sicherheitsleistung i.d.S. kann nach § 232 Abs. 1 Alt. 1 BGB durch Hinterlegung der Geldsumme erfolgen. Das AG Frankfurt a.M. ist für den Empfang einer solchen Hinterlegung zuständig.⁸⁰ Damit war die Hinterlegung des Geldes durch F bei dem AG Frankfurt a.M. wirksam. Wie vorstehend erörtert, waren die Überwachungskosten nicht ersatzfähig, sodass die hinterlegte Summe die Gegenforderung im vollen Um-

⁷² Näher hierzu *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (715).

⁷³ Für eine Festlegung *Hunke*, Jura 2010, 852 (858), die freilich ein zeitgleiches Vorliegen einer Besitzstörung und der teilweisen Besiztzentziehung annimmt; offenlassend BGHZ 181, 233 (238).

⁷⁴ BGHZ 181, 233 (238 f.).

⁷⁵ *Roth/Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 242 Rn. 417.

⁷⁶ Zur Anwendbarkeit des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben neben der Verhältnismäßigkeit BGHZ 181, 233 (239).

⁷⁷ Siehe hierzu *Roth/Schubert* (Fn. 75), § 242 Rn. 406.

⁷⁸ Zu diesem Denkansatz BGHZ 181, 233 (239 f.).

⁷⁹ Daher ebenfalls ablehnend BGHZ 181, 233 (239 f.); zuvor schon *Lorenz*, NJW 2009, 1025 (1026).

⁸⁰ Siehe Bearbeitungshinweis. Die Empfangszuständigkeit für Hinterlegungen ergibt sich aus landesspezifischen Regelungen: Nach § 1 Abs. 2 Hessischem Hinterlegungsgesetz (HintG) sind Amtsgerichte „Hinterlegungsstellen“.

fang abgedeckt hat.⁸¹ Mithin hat F ihre Schuld durch die Sicherheitsleistung „beglichen“, sodass das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 3 BGB ausgeschlossen wurde.

c) Mahnung

Eine nach § 286 Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche Mahnung lag nicht vor. G hat jedoch ernsthaft verweigert, sodass diese Weigerung nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB i.V.m. § 164 Abs. 1 BGB der A KG zugerechnet wird. Demnach ist eine Mahnung gem. § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich.

d) Vertretenmüssen

G erkannte, dass der A KG kein Zurückbehaltungsrecht zusteht, sodass er vorsätzlich handelte. Dieses Verschulden des G wird der A KG zugerechnet, sodass sie die Pflichtverletzung nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB i.V.m. §§ 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4, 278 S. 1 BGB zu vertreten hat.

e) Ersatzfähiger Schaden

Die Kosten, die aufgrund der Beschaffung des Mietwagens entstanden sind, müssten einen kausalen, ersatzfähigen Verzugsschaden darstellen. Verzugsschäden sind dabei auch Aufwendungen, die der Gläubiger wegen der Verzögerung der Leistung vornehmen musste.⁸² F benötigte einen Mietwagen, um ihrer Arbeitsverpflichtung nachkommen zu können, sodass die Aufwendungen einen Verzögerungsschaden darstellen. Wenn man die Verzögerung der Herausgabe wegdunkelt, wäre die Miete des PKW nicht notwendig gewesen, sodass die Kausalität des Schadenseintritts zu bejahen ist. Mangels Möglichkeit der Naturalrestitution richtet sich die Ersatzfähigkeit des haftungsausfüllend kausalen Schadens nicht nach § 249 Abs. 1 u. 2 S.1 BGB, sondern nach § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

f) Zwischenergebnis

F hatte folglich einen durchsetzbaren Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs, welches schuldhaft durch die A KG verweigert wurde, wodurch der F ein haftungsausfüllend kausaler Schaden i.H.v. € 250,- entstanden ist.

3. Zwischenergebnis

Die zusätzlichen Voraussetzungen nach §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB liegen folglich vor.

V. Ergebnis

Ein Anspruch der F gegen die A KG i.H.v. € 250,- aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1 u. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 u. 3, 6 Abs. 1, 124 Abs. 1 HGB besteht.

B. Deliktische und bereicherungsrechtliche Ansprüche

Schadensersatz- und bereicherungsrechtliche Ansprüche scheiden aufgrund der Sperrwirkung nach § 993 Abs. 1 a.E. BGB aus.

C. Gesamtergebnis

F hat gegen die A KG einen Schadensersatzanspruch i.H.v. € 250,- nach §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1 u. 2, 286 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 S. 1, 6 Abs. 1, 124 Abs. 1 HGB.

⁸¹ Dies ist für die Wirkung des § 273 Abs. 3 BGB entscheidend, vgl. Krüger (Fn. 20), § 273 Rn. 98.

⁸² Ernst (Fn. 14), § 286 Rn. 153.