

Winfried Schwabe

Lernen mit Fällen

Ach**So!**

Sachenrecht

Materielles Recht & Klausurenlehre

16. Auflage

 | BOORBERG

Musterlösungen im
Gutachtenstil

Winfried Schwabe

Lernen mit Fällen

Sachenrecht

Materielles Recht
& Klausurenlehre

16., überarbeitete Auflage, 2024

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

16. Auflage, 2024

ISBN 978-3-415-07620-4

© 2009 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH, Am Fliegerhorst 8,
99947 Bad Langensalza

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

Fall 2

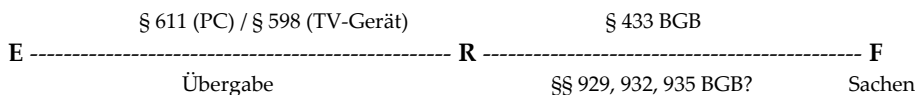
Die Lohnerhöhung

Rechtsstudent R hat einen Ferienjob angenommen und fährt jetzt für den Elektrohändler E im Stadtgebiet dessen Kunden an, um die bei E gekauften Geräte anzuliefern. Als er einen von E übergebenen, für den Käufer K vorgesehenen PC im Wert von 2.000 Euro bei K wegen dessen Abwesenheit nicht anliefern kann und es bereits Abend ist, nimmt R das Gerät nach Rücksprache mit E mit nach Hause, um am nächsten Morgen die Anlieferung noch einmal zu versuchen. Am späteren Abend interessiert sich dann der Studienfreund F des R, der von der Anstellung des R bei E nichts weiß und R deshalb auch für den Eigentümer hält, überschwänglich für den PC. Da R sich sowieso unterbezahlt fühlt, verkauft und übergibt er kurzerhand dem ahnungslosen F den PC zum Preis von 1.800 Euro. Für weitere 300 Euro erhält F auch noch den Flachbildfernseher, den E dem R für die dreimonatige Dauer der Anstellung leihweise zur Verfügung gestellt hatte. Als die Geschichte rauskommt und R un auffindbar ist, verlangt E von F die Herausgabe des Computers und des Fernsehers.

Zu Recht?

Schwerpunkte: Gutgläubiger Erwerb nach den §§ 929, 932 BGB; Ausschluss durch § 935 Abs. 1 BGB; Begriff des »Abhandenkommens«; Problem der Herausgabe durch den Besitzdiener (§ 855 BGB); Abgrenzung von § 855 BGB zu § 868 BGB; Begriff des mittelbaren Besitzes und der Besitzdienerschaft.

Lösungsweg



Anspruch des E gegen F auf Herausgabe des PC

AGL: § 985 BGB

Voraussetzung für einen Herausgabeanspruch des E gegen F aus § 985 BGB ist zunächst natürlich die Eigentümerstellung des E.

Ursprünglicher Eigentümer war E.

E könnte aber sein Eigentum verloren haben. Der rechtsgeschäftliche Eigentumsübergang an einer beweglichen Sache richtet sich nach den **§§ 929 ff. BGB**:

1. Kein Eigentumsverlust zulasten des E hinsichtlich des PC tritt ein durch die Übergabe der Sache an R. Hierin liegt kein Vollzugsakt im Sinne des § 929 Satz 1 BGB, denn R sollte lediglich im Rahmen seines Anstellungsverhältnisses die Übergabe der Sache von E auf K und damit auch einen entsprechenden Eigentumsübergang bewirken. R selbst aber sollte durch diese Übergabe nicht Eigentümer werden.

2. In Betracht kam nun natürlich ein Eigentumsverlust zulasten des E durch das zwischen R und F getätigte Rechtsgeschäft. Da der R nicht der Eigentümer war, kommt ein Eigentumsübergang nur nach den Vorschriften des gutgläubigen Erwerbes gemäß den **§§ 929 Satz 1, 932 BGB** in Frage.

a) Erste Voraussetzung für einen entsprechenden Eigentumserwerb ist eine **Einigung** im Sinne des § 929 Satz 1 BGB zwischen R und F. Und da wird man vorliegend auch kaum dran zweifeln können, denn R verkauft F den PC zum Preis von 1.800 Euro und übergibt ihn dann auch. Hieraus ist zu schließen, dass eine entsprechende Einigung über den Eigentumsübergang nach § 929 Satz 1 BGB stattgefunden hat.

b) R hat dem F des Weiteren die Sache auch **übergeben**, das steht so im Fall.

c) Der F wusste nichts von der Anstellung des R bei E und war deshalb in Ermangelung entgegenstehender Angaben im Sachverhalt auch **gutgläubig** im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB zum Zeitpunkt der Übergabe.

ZE.: Die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbes vom Nichtberechtigten nach den §§ 929 Satz 1, 932 BGB liegen demnach in Bezug auf den PC vor.

Aber: Der gutgläubige Erwerb kann gemäß **§ 935 Abs. 1 BGB** nicht eintreten, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen wurde, verloren gegangen oder sonst abhandengekommen war (lies: § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Und das ist in unserem Fall fraglich:

Ausgangspunkt der Überlegung ist der Umstand, dass der PC dem R im Rahmen seiner Tätigkeit von E mit dem Auftrag übergeben wurde, die Sache dem Kunden K anzuliefern (bzw. die Sache über Nacht bei sich aufzubewahren), der R den PC dann aber abredewidrig an den F weitergegeben hat. Es stellt sich die Frage, ob in dieser Weitergabe an F aus der Sicht des Eigentümers E nicht ein »Abhandengekommen« im Sinne des § 935 Abs. 1 BGB gesehen werden muss mit der möglichen Folge, dass der Eigentumserwerb des F dann ausgeschlossen wäre.

Definition: Eine Sache ist abhandengekommen gemäß § 935 Abs. 1 BGB, wenn entweder der Eigentümer (Satz 1) oder sein Besitzmittler (Satz 2) den unmittelbaren Besitz ohne bzw. gegen seinen Willen verloren hat (BGH MDR **2014**, 270; BGH NJW **1995**, 2097; MüKo/Oechsler § 935 BGB Rz. 2; *Grüneberg/Herrler* § 935 BGB Rz. 3; *Neuner* in JuS 2007, 401)

1. Zunächst muss nun geklärt werden, wer zu der Sache welche besitzrechtliche Position hatte. Das ist deshalb wichtig, weil nach der – für das Sachenrecht übrigens lebenswichtigen – Definition von eben der Wille des unmittelbar besitzenden Eigentümers der Sache (§ 935 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder alternativ des Besitzmittlers (der dann anstelle des Eigentümers der unmittelbare Besitzer ist, vgl. § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB) maßgeblich sein soll. Es kommt also nach der Definition in jedem Falle immer auf den **unmittelbaren Besitzer** der Sache an: Entweder ist es der Eigentümer selbst, oder aber ein Dritter, der den unmittelbaren Besitz innehat und für den Eigentümer mit dessen Einverständnis mittelt (= Besitzmittler). Merken, wichtig.

Es stellt sich demnach hier zunächst die Frage, wer der unmittelbare Besitzer der Sache ist: Insoweit ist zu beachten, dass R bei der Ausfahrt der Geräte im Rahmen des Anstellungsverhältnisses (§ 611 BGB) mit E tätig war und die ganze Sache innerhalb des Stadtgebietes durchgeführt wurde. R sollte im Auftrag des E die Sachen zu den Kunden fahren und in der konkreten Situation nach Rücksprache mit E den Gegenstand dann auch noch über Nacht vorübergehend zuhause aufbewahren, um ihn am nächsten Tag nochmals anzuliefern. R übt also die tatsächliche Gewalt über die Sachen in dem Erwerbsgeschäft des E aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen (des E) Folge zu leisten hat. Und das ist genau die Definition des sogenannten »Besitzdieners« aus **§ 855 BGB** (bitte prüfen).

Gemäß § 855 BGB ist nur »der andere« der Besitzer der Sache. Bitte beachte insoweit, dass dieser Besitz »des anderen« im Sinne des § 855 BGB immer den **unmittelbaren** Besitz meint. Der Besitzdiener selbst hat somit überhaupt keinen Besitz an der Sache, obwohl er das Ding tatsächlich in Händen hält (BGH MDR **2014**, 270; *Soergel/Wendelstein* § 855 BGB Rz. 11; MüKo/*Schäfer* § 855 BGB Rz. 1). Der unmittelbare Besitz liegt vielmehr weiterhin **allein** beim sogenannten »Besitzherrn«.

ZE: Der E war mithin weiterhin der unmittelbare Besitzer der Sache, R war lediglich **Besitzdiener** im Sinne des § 855 BGB und hatte folglich überhaupt keinen Besitz an der Sache, obwohl er über den PC tatsächlich verfügen konnte. Und damit wäre nach dem weiter oben Gesagten eigentlich alles klar: Der E ist weiterhin alleiniger unmittelbarer Besitzer der Sache und folglich kommt es nur auf **seinen** Willen hinsichtlich der Weitergabe der Sache an; und da der E einen solchen Willen zur Weitergabe an F nicht hatte, wäre die Sache damit gegen seinen Willen aus seinem unmittelbaren Besitz gelangt (= § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB).

2. Ganz so einfach ist es dann aber doch nicht, denn wir müssen noch dem Umstand Rechnung tragen, dass zwischen E und R aufgrund des Besitzdienerverhältnisses ja nun eine irgendwie geartete Verbindung bestand, im Zuge derer der E dem R die tatsächliche Verfügungsmacht an dem PC bewusst und auch gewollt übertragen hat. Möglicherweise ergibt sich nämlich daraus, dass der E, obwohl er unmittelbarer Besitzer der Sache geblieben ist, deshalb die Handlungen des R in Bezug auf diese Sache für bzw. gegen sich gelten lassen muss. Und hier gibt es dann auch einen fetten und bei den Prüfern außerordentlich beliebten Meinungsstreit, der an folgender Frage aufgehängt wird: Ist eine Sache für den Eigentümer und Besitzherrn auch dann abhandengekommen im Sinne des § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn sein Besitzdiener sie unbefugt an einen Dritten weitergibt?

Antwort: Streitig.

- Nach einer Meinung ist die Sache **nicht** abhandengekommen im Sinne des § 935 Abs. 1 BGB, wenn der Besitzdiener sich außerhalb des räumlichen Herrschaftsbereiches des Besitzherrn befindet und die Besitzdienerschaft für den Erwerber objektiv nicht erkennbar war (MüKo/Oechsler § 935 BGB Rz. 10; *Staudinger/Heinze* § 935 BGB Rz. 14; *Erman/Bayer* § 935 BGB Rz. 7; *Neuner* in JuS 2007, 401; *Schmelzeisen* in AcP 136, 149; *Wieling* § 10 V 3 c).

Begründung: In diesem Falle sei der Erwerber deshalb schutzwürdig, weil aus seiner Sicht der Veräußerer durch den scheinbaren unmittelbaren Besitz legitimiert ist. Der Besitzdiener stehe diesbezüglich dem Besitzmittler des Eigentümers gleich, der unstreitig das Eigentum an einen Gutgläubigen veräußern kann. Der Eigentümer habe durch die Verschaffung der tatsächlichen Sachgewalt beim Besitzdiener den notwendigen Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb geschaffen.

- Nach anderer – überwiegender – Auffassung ist in diesen Fällen der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten wegen § 935 Abs. 1 BGB hingegen ausgeschlossen, denn die Sache ist dem Eigentümer abhandengekommen (BGH MDR 2014, 270; OLG Köln MDR 2006, 90; OLG Celle OLGR 2004, 70; OLG Köln VersR 94, 1428; OLG Frankfurt OLGZ 89, 198; RGZ 71, 248; NK/Meller-Hannich § 935 BGB Rz. 10; *Soergel/Höpfner* § 935 BGB Rz. 9; *Jauernig/Berger* § 935 BGB Rz. 8; *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Kindl* § 935 BGB Rz. 6; *Prütting* Rz. 76; *Baur/Stürner* § 52 Rz. 39; *Grüneberg/Herrler* § 935 BGB Rz. 7; *Wimmer-Leonhardt* in JuS 2010, 136; *Schreiber* Rz. 174; *Witt* in AcP 201 (2001), 165, 172 ff.).

Begründung: Diese Meinung beruft sich zunächst auf die unstrittige Definition des Begriffs des »Abhandenkommens«, wonach es hinsichtlich des maßgeblichen Willens nur auf den unmittelbar besitzenden Eigentümer oder alternativ dessen Besitzmittler ankommt. Wenn nun aber der gemäß § 855 BGB nicht besitzende Besitzdiener die Sache unbefugt herausgibt, geschehe dies eindeutig **gegen** den Willen des unmittelbar besitzenden Eigentümers und die Sache sei damit abhandengekommen. Im Übrigen schütze das Gesetz in § 932 BGB nicht das Vertrauen auf das Vorliegen eines tat-

sächlich nicht bestehenden Besitzrechtes. Bei der Beurteilung der Besitzverhältnisse stelle das Gesetz an keiner Stelle auf einen Schein, sondern nur auf objektive Begebenheiten ab. Das Gesetz habe in § 56 HGB vielmehr ausdrücklich einen Ausnahmetatbestand geschaffen, bei dem Angestellte in Läden oder Warenlagern trotz Besitzdienerereignis zur Veräußerung befugt sind.

Also: Hier muss man sich nun selbstverständlich entscheiden und diese Entscheidung mit den benannten Argumenten auch begründen. Die zweite gerade dargestellte Ansicht kann als »herrschende Meinung« angesehen werden, wobei vor allem das Argument ziehen dürfte, dass der gute Glaube an das Bestehen eines Besitzrechtsverhältnisses vom Gesetz tatsächlich nicht geschützt wird. Das Gesetz schützt in § 932 BGB zwar grundsätzlich die Legitimationswirkung des Besitzes (*Prütting* Rz. 423), dieser Besitz muss aber objektiv auch tatsächlich bestehen, das heißt, der vormalig unmittelbar besitzende Eigentümer muss seinen unmittelbaren Besitz **freiwillig** abgegeben bzw. übertragen haben. Hat er dies nicht, ist er als Eigentümer schutzwürdiger als der Erwerber, denn dann hat der Eigentümer willentlich keinen Rechtsscheintatbestand geschaffen. Gibt der Eigentümer die Sachherrschaft nur an einen Besitzdiener heraus, bleibt er selbst gemäß § 855 BGB alleiniger unmittelbarer Besitzer und damit auch schutzwürdig im Sinne des § 935 BGB.

ZE.: Nach herrschender Meinung kommt die Sache dem Besitzherrn abhanden gemäß § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Besitzdiener den Gegenstand unbefugt an einen Dritten weitergibt.

ZE.: Der F konnte wegen § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht Eigentümer des PC werden.

Erg.: E ist der Eigentümer der Sache geblieben und kann von F die Herausgabe nach § 985 BGB fordern.

Anspruch des E gegen F auf Herausgabe des Fernsehers

AGL.: § 985 BGB

Voraussetzung für das Bestehen des Anspruchs aus § 985 BGB ist wieder, dass der E noch der Eigentümer der Sache ist. Die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen regelt sich nach wie vor nach den §§ 929 ff. BGB. Ursprünglicher Eigentümer war E. Der E könnte sein Eigentum aber verloren haben:

1. Die vorübergehende Übergabe des Fernsehers an R für die Zeit der Anstellung erfüllt sicher nicht die Voraussetzung der Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 BGB; bei einem solchen als Leihvertrag gemäß § 598 BGB auszulegenden Geschäft wird lediglich der Besitz übertragen (*Grüneberg/Weidenkaff* § 598 BGB Rz. 1).
2. In Betracht kommt aber eine Eigentumsübertragung von R auf F nach den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb gemäß den §§ 929 Satz 1, 932 BGB.

a) Wie weiter oben schon mal geprüft, ist die erste Voraussetzung für einen entsprechenden Eigentumserwerb eine **Einigung** im Sinne des § 929 Satz 1 BGB zwischen R und F. Und die liegt bezüglich des Fernseher fraglos vor, R übergibt gegen Zahlung von weiteren 300 Euro dem F auch den Fernseher. Darin liegt eine Einigung hinsichtlich des Eigentumsübergangs nach § 929 Satz 1 BGB.

b) Der R hat dem F des Weiteren die Sache auch übergeben.

c) Der F wusste auch hier natürlich nichts von der Anstellung des R bei E und war deshalb in Ermangelung entgegenstehender Angaben im Sachverhalt auch **gutgläubig** im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB zum Zeitpunkt der Übergabe.

ZE.: Die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbes vom Nichtberechtigten nach den §§ 929 Satz 1, 932 BGB liegen demnach in Bezug auf den Fernseher vor.

Problem: Wieder ein Fall des § 935 Abs. 1 BGB?

Lösung: Nein! Denn der Fernseher ist dem E – im Gegensatz zum PC – nicht abhandengekommen im Sinne des § 935 Abs. 1 BGB. Wir erinnern uns bitte:

Definition: Eine Sache ist abhandengekommen im Sinne des § 935 Abs. 1 BGB, wenn entweder der Eigentümer (Satz 1) oder sein Besitzmittler (Satz 2) den unmittelbaren Besitz ohne bzw. gegen seinen Willen verloren hat (BGH MDR 2014, 270; Grüneberg/Herrler § 935 BGB Rz. 3; PWW/Prütting § 935 BGB Rz. 3).

Nach dem, was wir oben gelernt haben, wäre die Sache dann – nach herrschender Meinung – abhandengekommen im Sinne des § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn R der **Besitzdiener** gemäß § 855 BGB in Bezug auch auf den Fernseher war. Denn dann wäre die Sache mit der Herausgabe an F dem alleinigen unmittelbaren Besitzer E unfreiwillig entzogen worden (= § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Aber: Den Fernseher hat E dem R für die dreimonatige Dauer des Anstellungsverhältnisses ausgeliehen. Damit übt R die tatsächliche Sachherrschaft **nicht** im Erwerbsgeschäft des E nach dessen Weisungen aus (§ 855 BGB), sondern benutzt den Gegenstand privat und frei verfügbar mit einer Rückgabepflicht nach Ablauf der drei Monate. Und wenn jemand eine Sache im Rahmen eines Rechtsverhältnisses besitzt, vermöge dessen er gegenüber dem anderen auf Zeit zum Besitze berechtigt ist, so entsteht ein sogenanntes »Besitzmittlungsverhältnis« gemäß § 868 BGB. Dieses besagt, dass der »eine« der unmittelbare und der »andere« der mittelbare Besitzer ist (lies: § 868 BGB). Und weil die hier vorliegende Leihe problemlos unter § 868 BGB als »ähnliches Verhältnis« zu subsumieren ist (OLG Düsseldorf NJW 1986, 2513), ergibt sich, dass hinsichtlich des Fernsehers der E der mittelbare und der R der unmittelbare Besitzer (und damit dann auch der »Besitzmittler« des E) gewesen sind.

Und jetzt bitte noch mal die Definition von oben lesen:

Wie soeben festgestellt, war R aufgrund des Leihvertrages nach § 598 BGB der unmittelbare Besitzer (und auch: »Besitzmittler«) und E der mittelbare Besitzer der Sache (vgl. § 868 BGB). Und da oben in der Definition steht, dass es entweder auf den unmittelbar besitzenden Eigentümer (§ 935 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder aber auf dessen Besitzmittler ankommt (§ 935 Abs. 1 Satz 2 BGB), können wir hier sagen, dass jetzt nicht mehr § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB entscheidend ist, sondern vielmehr § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Anwendung kommt mit der Folge, dass **allein** auf die Sicht des **Besitzmittlers** und unmittelbaren Besitzers R abzustellen ist.

Der Besitzmittler R aber hat den Fernseher **freiwillig** herausgegeben, nämlich zur Erfüllung des mit F geschlossenen Kaufvertrages. Und wenn der R den unmittelbaren Besitz freiwillig aufgegeben hat, ist die Sache **nicht** abhandengekommen, denn das setzte ja ein Handeln ohne bzw. gegen den Willen des unmittelbar Besitzenden voraus (vgl. die Definition oben).

ZE.: Der unmittelbare Besitz an der Sache ist folglich **mit** Willen des Besitzmittlers auf den Dritten übergegangen mit der Konsequenz, dass die Sache nicht abhandengekommen ist im Sinne des § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB.

ZE.: Somit bleibt es beim gutgläubigen Erwerb zugunsten des F gemäß den §§ 929 Satz 1, 932 BGB, die Vorschrift des § 935 Abs. 1 BGB ist nicht anwendbar.

Erg.: E hat sein Eigentum an F verloren und kann folglich den Anspruch aus § 985 BGB nicht begründet geltend machen.

Kurzer Nachtrag: »Abhandengekommen« bei Verlust des Mitbesitzes (→ § 866 BGB)?

Im Hinblick auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen der § 935 Abs. 1 BGB den gutgläubigen Eigentumserwerb verhindert, musste der BGH im Dezember 2013 (→ MDR 2014, 270) den folgenden interessanten Fall entscheiden: Ein Arzt (A) hatte sich einen BMW gekauft, den er anschließend gemeinsam mit seiner Frau (F) benutzte. Als A in finanzielle Schwierigkeiten geriet, übergab und übereignete er den BMW ohne Wissen der F zur Sicherung eines Darlehns an eine Treuhand AG (AG), die das Fahrzeug weiter veräußerte. **Frage:** Konnte die AG überhaupt Eigentümerin werden und somit den BMW wirksam weiter veräußern? **Problem:** Zwar hatte A als unmittelbarer Besitzer das Auto **willentlich** an die AG weitergegeben, allerdings geschah dies ohne Kenntnis und Willen der ebenfalls unmittelbar besitzenden (→ § 866 BGB) Ehefrau F. **Konsequenz:** Kein Eigentumserwerb der AG wegen § 935 Abs. 1 BGB, da die Sache einem (zweiten) unmittelbaren Besitzer abhandengekommen ist?

Lösung: Der BGH verneinte die Anwendung des § 935 Abs. 1 BGB – mit folgender Begründung: Zum einen sei der § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB schon von seinem Wortlaut her nicht anwendbar, da F nur unmittelbare Mitbesitzerin, nicht aber auch **Miteigentümerin** gewesen ist. Wäre sie auch Miteigentümerin gewesen, hätte § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB unstreitig den Eigentumserwerb der AG verhindert (BGH NJW 1995, 2097; OLG München MDR 1993, 918). Des Weiteren scheide auch § 935 Abs. 1 Satz 2

BGB aus, da A im Verhältnis zu F ja nicht – wie von § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB gefordert – mittelbarer, sondern auch unmittelbarer Besitzer des Wagens war. Schließlich komme auch keine **analoge** Anwendung des § 935 Abs. 1 BGB in Betracht, da es schon an einer planwidrigen Gesetzeslücke fehle. Wörtlich (BGH MDR 2014, 270):

»... Die Regeln des § 935 Abs. 1 BGB sollen den **Eigentümer** davor schützen, dass ohne seinen Willen die Eigentumsvermutung des unmittelbaren Besitzes (§ 1006 Abs. 1 BGB) verändert wird. Sofern er willentlich den unmittelbaren Besitz an der Sache herausgibt und damit selbst die Grundlage für diese Eigentumsvermutung schafft, kann er sich anschließend aber **nicht** darauf berufen, dass ein Mitbesitzer von diesem Vorgang nichts wusste. Der Schutzzweck des § 935 Abs. 1 BGB ist vielmehr gewahrt und der Gesetzgeber hat auch nicht den Fall planwidrig übersehen, dass nur ein Mitbesitzer, der aber nicht auch Eigentümer der Sache ist, von der Besitzverschiebung keine Kenntnis hatte ... Der § 935 Abs. 1 BGB kann daher nicht analog angewandt werden, wenn der Alleineigentümer ohne Willen eines Mitbesitzers die Sache herausgibt ... Der Eigentümer ist in diesen Fällen **nicht** schutzwürdig ...«

Gutachten

Anspruch auf Herausgabe des PC

E könnte gegen F einen Anspruch auf Herausgabe des Computers (PC) aus der Vorschrift des § 985 BGB haben.

Voraussetzung für einen Herausgabeanspruch des E gegen F aus § 985 BGB ist zunächst die Eigentümerstellung des E. Ursprünglicher Eigentümer der Sache war E. Der E könnte aber sein Eigentum verloren haben. Der rechtsgeschäftliche Eigentumsübergang an einer beweglichen Sache richtet sich nach den §§ 929 ff. BGB.

I. In Betracht kommt zunächst ein Eigentumsverlust zulasten des E hinsichtlich des PC durch die Übergabe der Sache an R. In dieser Übergabe aber liegt kein Vollzugsakt im Sinne des § 929 Satz 1 BGB, R sollte lediglich im Rahmen seines Anstellungsverhältnisses die Übergabe der Sache von E auf K und damit auch einen entsprechenden Eigentumsübergang bewirken. R selbst aber sollte durch diese Übergabe nicht Eigentümer werden.

II. In Betracht kommt aber ein Eigentumsverlust zulasten des E durch das zwischen R und F getätigte Rechtsgeschäft. Da R nicht der Eigentümer der Sache war, kommt ein Eigentumsübergang nur nach den Vorschriften des gutgläubigen Erwerbes gemäß den §§ 929 Satz 1, 932 BGB in Frage.

1. Erste Voraussetzung für einen entsprechenden Eigentumserwerb ist eine Einigung im Sinne des § 929 Satz 1 BGB zwischen R und F. Eine solche Einigung hat stattgefunden, R hat sich mit F über den Übergang des Eigentums an der Sache geeinigt.

2. R hat dem F, der den R für den Eigentümer hielt und deshalb gutgläubig im Sinne des § 932 BGB war, des Weiteren die Sache auch übergeben.

Die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbes vom Nichtberechtigten nach den §§ 929 Satz 1, 932 BGB liegen demnach in Bezug auf den PC zunächst vor.

III. Diesem gutgläubigen Erwerb kann im vorliegenden Fall aber noch § 935 Abs. 1 BGB entgegenstehen. Gemäß § 935 Abs. 1 BGB ist der gutgläubige Erwerb des Eigentums aus-

geschlossen, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen wurde, verloren gegangen oder sonst abhandengekommen war. Eine Sache ist abhandengekommen im Sinne des § 935 Abs. 1 BGB, wenn der Eigentümer (Satz 1) oder sein Besitzmittler (Satz 2) den unmittelbaren Besitz ohne bzw. gegen seinen Willen verloren hat. Es ist somit zunächst zu klären, wer zu der Sache welche besitzrechtliche Position hatte. Gemäß § 935 Abs. 1 BGB kommt es alternativ entweder auf den Willen des unmittelbar besitzenden Eigentümers der Sache (§ 935 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder des Besitzmittlers an. Im vorliegenden Fall muss daher geklärt werden, wer den unmittelbaren Besitz an der Sache hatte.

1. In Betracht kommt eine Besitzdienerschaft des R gemäß § 855 BGB. Insoweit ist zu beachten, dass R bei der Ausfahrt der Geräte im Rahmen des Anstellungsverhältnisses (§ 611 BGB) mit E tätig war und die ganze Sache innerhalb des Stadtgebietes durchgeführt wurde. R sollte im Auftrag des E die Sachen zu den Kunden fahren und in der konkreten Situation nach Rücksprache mit E den Gegenstand dann auch noch über Nacht vorübergehend zuhause aufbewahren, um ihn am nächsten Tag nochmals anzuliefern. R übt also die tatsächliche Gewalt über die Sachen in dem Erwerbsgeschäft des E aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen (also des E) Folge zu leisten hat. R ist mithin Besitzdiener des E im Sinne des § 855 BGB mit der Folge, dass der alleinige unmittelbare Besitz bei E verblieben ist. Der E war also weiterhin der unmittelbare Besitzer der Sache, R war lediglich Besitzdiener im Sinne des § 855 BGB und hatte folglich überhaupt keinen Besitz an der Sache, obwohl er über den PC tatsächlich verfügen konnte. Daraus folgt, dass es gemäß § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB allein auf den Willen des E hinsichtlich der Weitergabe des PC ankommt, denn E war weiterhin unmittelbarer Besitzer. Das Verhalten des R erfolgte im vorliegenden Fall gegen bzw. ohne den Willen des E mit der Konsequenz, dass die Sache dem E im Sinne des § 935 Abs. 1 BGB abhandengekommen und ein Eigentumserwerb ausgeschlossen wäre.

2. Etwas Anderes kann sich aber noch aus dem Umstand ergeben, dass zwischen E und R aufgrund des Besitzdienerverhältnisses nach § 855 BGB eine Verbindung bestand, im Zuge derer E dem R die tatsächliche Verfügungsmacht an dem PC bewusst und vor allem auch gewollt übertragen hat. Möglicherweise folgt daraus, dass der E, obwohl er unmittelbarer Besitzer der Sache geblieben ist, deshalb die Handlungen des R in Bezug auf diese Sache für bzw. gegen sich gelten lassen muss. Es ist daher zu prüfen, ob eine Sache für den Eigentümer auch dann abhandengekommen ist im Sinne des § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn sein Besitzdiener sie unbefugt an einen Dritten weitergibt. Die Beantwortung dieser Frage ist umstritten.

a) Nach einer Meinung ist die Sache dann nicht abhandengekommen im Sinne des § 935 Abs. 1 BGB, wenn der Besitzdiener sich außerhalb des räumlichen Herrschaftsbereiches des Besitzherrn befindet und die Besitzdienerschaft für den Erwerber objektiv nicht erkennbar war. In diesem Falle sei der Erwerber deshalb schutzwürdig, weil aus seiner Sicht der Veräußerer durch den scheinbaren unmittelbaren Besitz legitimiert ist. Der Besitzdiener stehe diesbezüglich dem Besitzmittler des Eigentümers gleich, der unstreitig das Eigentum an einen Gutgläubigen veräußern kann. Der Eigentümer habe durch die Verschaffung der tatsächlichen Sachgewalt beim Besitzdiener den entsprechenden Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb geschaffen.

b) Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Auch in den Fällen der vorliegenden Art ist der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten wegen § 935 Abs. 1 BGB vielmehr ausgeschlossen. Von der Gegenmeinung übersehen wird insoweit zunächst die unstreitige Definition des Begriffs des »Abhandenkommens«, wonach es hinsichtlich des maßgeblichen Willens nur auf den unmittelbar besitzenden Eigentümer oder alternativ dessen Besitzmittler ankommt. Wenn nun aber der gemäß § 855 BGB nicht besitzende Besitzdiener die Sache unbefugt herausgibt, geschieht dies gegen den Willen des unmittelbar besitzenden Eigentümers und die Sache ist damit abhandengekommen. Im Übrigen schützt das Gesetz in § 932 BGB nicht das Vertrauen auf das Vorliegen eines tatsächlich nicht bestehenden Besitzrechtes. Bei der Beurteilung der Besitzverhältnisse stellt das Gesetz an keiner Stelle auf einen Schein, sondern nur auf objektive Begebenheiten ab. Das Gesetz schützt in § 932 BGB zwar grundsätzlich die Legitimationswirkung des Besitzes, dieser Besitz muss aber objektiv auch tatsächlich bestehen. Lediglich in § 56 HGB ist ein Ausnahmetatbestand geschaffen, bei dem Angestellte in Läden oder Warenlagern trotz Besitzdienereigenschaft zur Veräußerung befugt sind. Weitergehende Ausnahmen dieses Prinzips sind vom Gesetzgeber offensichtlich nicht gewollt. Nach der hier verfolgten Ansicht kommt die Sache dem Besitzherrn somit abhanden gemäß § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Besitzdiener den Gegenstand unbefugt an einen Dritten weitergibt. Der F konnte also wegen § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht Eigentümer des PC werden.

Erg.: E ist der Eigentümer der Sache geblieben und kann von F die Herausgabe nach § 985 BGB fordern.

Anspruch des E gegen F auf Herausgabe des Fernsehers

Der E könnte gegen F aber einen Anspruch auf Herausgabe des Fernsehers aus § 985 BGB haben.

Voraussetzung für das Bestehen des Anspruchs aus § 985 BGB ist wieder, dass E der Eigentümer der Sache geblieben ist. Ursprünglicher Eigentümer des Fernsehers war E. Der E könnte sein Eigentum aber gemäß den §§ 929 ff. BGB verloren haben.

I. Die vorübergehende Übergabe des Fernsehers an R für die Zeit der Anstellung erfüllt nicht die Voraussetzung der Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 BGB; bei einem solchen als Leihvertrag gemäß § 598 BGB auszulegenden Geschäft wird lediglich der Besitz übertragen.

II. In Betracht kommt aber eine Eigentumsübertragung von R auf F nach den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb gemäß den §§ 929 Satz 1, 932 BGB.

1. Eine nach § 929 Satz 1 BGB erforderliche Einigung liegt bezüglich des Fernsehers vor, R übergibt gegen Zahlung von weiteren 300 Euro dem F auch den Fernseher. Darin liegt eine Einigung hinsichtlich des Eigentumsübergangs nach § 929 Satz 1 BGB.

2. Der R hat dem gutgläubigen F des Weiteren die Sache auch übergeben.

Die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbes vom Nichtberechtigten nach den §§ 929 Satz 1, 932 BGB liegen demnach in Bezug auf den Fernseher vor.

III. Es fragt sich allerdings auch hinsichtlich des Fernsehers, ob der gutgläubige Erwerb an der Vorschrift des § 935 Abs. 1 BGB scheitert. Dann müsste der Fernseher abhandenge-

kommen sein. Eine Sache ist abhandengekommen im Sinne des § 935 Abs. 1 BGB, wenn entweder der Eigentümer (Satz 1) oder sein Besitzmittler (Satz 2) den unmittelbaren Besitz ohne bzw. gegen seinen Willen verloren hat. Ansatzpunkt der Beurteilung ist die besitzrechtliche Position an der Sache, es kommt auf den unmittelbar Besitzenden bzw. dessen Willen an. Es ist somit zu prüfen, wer an dem Fernseher den unmittelbaren Besitz innehatte.

1. Hinsichtlich des Fernsehers kommt ein Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868 BGB zwischen E und R in Betracht. Den Fernseher hat E dem R für die dreimonatige Dauer des Anstellungsverhältnisses ausgeliehen. Damit übt R die tatsächliche Sachherrschaft nicht im Erwerbsgeschäft des E nach dessen Weisungen im Sinne des § 855 BGB aus, sondern benutzt den Gegenstand privat und frei verfügbar mit einer Rückgabepflicht nach Ablauf der drei Monate. Besitzt jemand eine Sache im Rahmen eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen er gegenüber dem anderen auf Zeit zum Besitze berechtigt ist, so entsteht ein Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868 BGB. Dieses besagt, dass der »eine« der unmittelbare und der »andere« der mittelbare Besitzer ist. Die hier vorliegende Leihe ist wegen der vorübergehenden Besitzüberlassung unter § 868 BGB als »ähnliches Verhältnis« zu subsumieren mit der Folge, dass hinsichtlich des Fernsehers der E der mittelbare und der R der unmittelbare Besitzer und damit dann auch der Besitzmittler des E gewesen ist.

2. Daraus folgt, dass hinsichtlich der Frage, auf wessen Willen es bei der Besitzaufgabe ankommt, im vorliegenden Fall nunmehr allein auf den unmittelbar besitzenden R abzustellen ist. Der Besitzmittler R hat den Fernseher freiwillig herausgegeben, nämlich zur Erfüllung des mit F geschlossenen Kaufvertrages. Gibt R den unmittelbaren Besitz freiwillig auf, ist die Sache nicht abhandengekommen, denn dies setzt nach der Definition ein Handeln ohne bzw. gegen den Willen des unmittelbar Besitzenden voraus. Der unmittelbare Besitz an der Sache ist folglich mit Willen des Besitzmittlers auf den Dritten übergegangen mit der Konsequenz, dass die Sache nicht abhandengekommen ist im Sinne des § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB. Somit bleibt es beim gutgläubigen Erwerb zugunsten des F gemäß den §§ 929 Satz 1, 932 BGB, die Vorschrift des § 935 Abs. 1 BGB ist nicht anwendbar.

Ergebnis: E hat sein Eigentum an F verloren und kann folglich den Anspruch aus § 985 BGB nicht begründet geltend machen.