

20 Probleme aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Bearbeitet von
Prof. Dr. Karl-Heinz Gursky

9., überarbeitete Auflage 2015. Buch. XV, 123 S. Kartoniert
ISBN 978 3 8006 4693 7
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 266 g

[Recht > Zivilrecht > BGB Besonderes Schuldrecht > Sachenrecht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beack-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

IV. (hier sog.) Deliktstheorie

Der unrechtmäßige Fremdbesitzer haftet für den schuldhaft angerichteten Schaden unmittelbar aus den §§ 823 ff. wenn er den Rahmen seines vermeintlichen Besitzrechts überschreitet. Bei dem angenommenen Besitzrecht kraft Gesetzes bestehende oder besonders vereinbarte Haftungsprivilegien gelten dabei auch für die deliktische Haftung.

Vertreten von:

RGZ 101, 307 (310); 157, 132 (135); BGH NJW 1951, 643; BGHZ 24, 188 (196); 31, 129 (132); 46, 140 (146); BGH NJW 1973, 1790 (implizit); WM 1976, 350 (351); OLGR Hamm 1999, 285; OLGR Köln 2000, 261; OLG Saarbrücken NJW 1997, 1242 (1243); LG Hamburg NJW-RR 1988, 1433; LG Gießen NJW-RR 1995, 687; Achilles/Greifff/Leiss § 993 Anm. 4; AK-BGB/Joerges Vorb. 46 f. zu §§ 987 ff.; Bamberger/Roth/Fritzsche § 993 Rn. 10; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 31. Aufl. 2006, § 44 Rn. 42 ff.; Eichler Institutionen SachenR II 1 S. 204 f.; Erman/Ebbing Vorb. 47 zu §§ 987 ff.; Erman/Hefermehl, 10. Aufl. 2000, § 993 Rn. 2 f.; Fikentscher/Heinemann SchuldR Rn. 1552; Gerhardt MobiliarsachenR 81; Gernhuber BürgerlR § 44 IV 3c; Habersack Examensrep. SachenR, 6. Aufl. 2010, Rn. 118 m. Fn. 87; Jauernig/Berger Vorb. 12b (aa) zu §§ 987 ff.; Lange SachenR § 11 A II 5; Medicus/Petersen BürgerlR Rn. 586 und MüKoBGB/Medicus, 4. Aufl. 2004, § 993 Rn. 13; Müller SachenR Rn. 559 ff.; ders. JuS 1983, 516 (518 f.); Neuner SachenR Rn. 107; Palandt/Bassenge Vorb. 7, 14 zu §§ 987 ff.; Schapp/Schur SachenR Rn. 116; Schellhammer SachenR Rn. 157 ff.; Schiemann JURA 1981, 631 (637); K. Schreiber JURA 1992, 356 (361); Siber JherJb 89 (1941), 1 (45); Siebert DGWR 1940, 241 (243 f.); Soergel/Mühl, 12. Aufl. 1987, Vorb. 15 zu §§ 987 ff.; Soergel/Stadler Vorb. 22 zu §§ 987 ff.; Staudinger/Gursky (2013) Vorb. 32, 40 zu §§ 987 ff., § 991 Rn. 16; StudK/M. Wolf § 993 Anm. 3a; Westermann SachenR § 31 III 2b; (wohl auch) H.P. Westermann SachenR Rn. 268 ff., 274 f.; Wolf/Wellenhofer SachenR § 22 Rn. 41 ff.

1. Argument

Wenn man bei Exzesshandlungen des unrechtmäßigen Fremdbesitzers die §§ 987 ff. unter Ausschluss der §§ 823 ff. anwenden wollte, so stünde der rechtmäßige Besitzer schlechter als der unrechtmäßige, da ersterer bei Verletzungshandlungen ohne Weiteres aus § 823 haftet, während der gutgläubige, unverklagte und nicht-pönale (dh nicht unter § 992 fallende) Besitzer keiner Schadensersatzhaftung ausgesetzt wäre.

2. Argument

Der innere Grund für den Ausschluss der Haftung – nämlich der quasi-rem-suam-neglexit-Gedanke – fehlt beim Fremdbesitzer. Die gesetzgeberische Entscheidung für eine Verdrängung des Deliktsrechts durch das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bedarf insoweit einer Korrektur (teleologische Reduktion des Dogmas von der abschließenden Sonderregelung bzw. des § 993 I Hs. 2, der die Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses gegenüber dem Deliktsrecht zum Ausdruck bringt).

3. Argument (gegen Theorie III)

Eine völlige Freigabe des Deliktsrechts bei Fremdbesitzern, wie sie die Eigenbesitztheorie postuliert, wäre aber mit den Wertungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses unvereinbar. Auch der Fremdbesitzer verdient immerhin den Schutz seines

B. Ansprüche auf Schadensersatz und Nutzungsherausgabe nach §§ 987–993

Vertrauens auf den Bestand seines Besitzrechts und der diesem entsprechenden Einwirkungsbefugnisse. Nur für den Exzess soll er haften.

4. Argument (gegen Theorie I)

Die Bösgläubigkeitstheorie will den Fremdbesitzer, der den Befugnisrahmen des unwirksamen Vertrages objektiv überschreitet, ohne Weiteres einem bösgläubigen unrechtmäßigen Besitzer gleichstellen. Das ist nicht angemessen: Der sein vermeintliches Besitzrecht schuldlos überschreitende Fremdbesitzer sollte nicht allein deshalb den besonderen Sorgfaltspflichten des gesetzlichen Schuldverhältnisses unterworfen werden.

5. Argument (gegen Theorie II)

Die analoge Anwendung des § 991II erscheint gekünstelt, da diese Norm nun einmal eindeutig auf dreigliedrige Verhältnisse zugeschnitten ist und dabei die Haftung des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem Eigentümer an seine Haftung aus einem wirksamen Vertrag mit dem mittelbaren Besitzer anknüpft. Sie kann daher nicht auf zweigliedrige Beziehungen übertragen werden, in denen eine solche vertragliche Haftungsgrundlage ja gerade fehlt.

V. Theorie der freien Anspruchskonkurrenz zwischen der vindikatorischen Schadensersatzregelung und den deliktischen Schadensersatzansprüchen

Es gibt kein besonderes Problem des Fremdbesitzerexzesses. Auch der redliche und unverklagte unrechtmäßige Besitzer haftet immer nach den §§ 823 ff., wenn deren Voraussetzungen vorliegen.

Vertreten von:

s. Problem 10 Theorie III.

VI. Nichtanwendungstheorie

Die Haftung des unrechtmäßigen Fremdbesitzers, der sein vermeintliches Besitzrecht vom Eigentümer selbst ableitet, für eine Zerstörung oder Beschädigung der Sache ergibt sich ohne Weiteres aus § 823 I. § 993 I Hs. 2 steht dem nicht entgegen, weil die §§ 989–993 grundsätzlich (nämlich mit Ausnahme der §§ 988, 991) nur gegenüber dem Eigenbesitzer eingreifen.

Vertreten von:

Harder, FS Mühl, 1981, 267 (273 ff.); HK-BGB/*Schulte-Nölke* Vorb. 2, 7 f. zu §§ 987 ff.; im Ergebnis auch BGH NJW 1973, 1790 (Haftung des minderjährigen Mieters, der die unwirksam gemietete Sache beschädigt hat, nach § 823 I; keine Erwähnung der §§ 987 ff.).

1. Argument

Die §§ 987 ff. bringen dem unrechtmäßigen Besitzer im Vergleich zu den allgemeinen Haftungsnormen erhebliche Vorteile. Das gilt insbesondere für die weitgehende Freistellung des gutgläubig-unverklagten Besitzers von Schadensersatzansprüchen. Dieses Privileg verdient aber nur der gutgläubig-unverklagte Eigenbesitzer, der sich für berechtigt halten darf, mit der Sache nach Belieben zu verfahren. Die Konsequenz

muss deshalb sein, dass man die Schadensersatzregelungen der Vindikationsfolgen normen grundsätzlich auf Fremdbesitzer nicht anwendet. Letzteres gilt natürlich nicht für § 991 II, wo eine besondere Konstellation des unrechtmäßigen Fremdbesitzes explizit geregelt ist. Aber das ist eine singuläre Ausnahmegvorschrift. Aus ihr darf man deshalb nicht ableiten, dass auch die anderen Schadensersatzregelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses auf den Fremdbesitzer Anwendung finden müssten.

2. Argument

Da die Schadensersatzregelungen der §§ 989, 990 I, 992, 993 I nur auf den Eigenbesitzer zugeschnitten sind, ist eine entsprechende Restriktion ihres Anwendungsbereichs die einfachere und zweckmäßigere Lösung als das von der hM befürwortete Zweistufenmodell: nämlich im ersten Schritt die Entscheidung für eine unmodifizierte Anwendung der §§ 987 ff. auch auf unrechtmäßige Fremdbesitzer, nur um dann in einem zweiten Schritt die damit implizierte weitgehende Haftungsfreistellung des unrechtmäßigen Fremdbesitzers von der deliktischen Haftung durch eine ad hoc erfundene »Ausnahme« für dem Fremdbesitzerexzess doch noch zu korrigieren.

Beispiele:

1. Im Ausgangsfall besteht zwischen E und B ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, wenn man nicht der Lehre von der Subsidiarität der Vindikation gegenüber der Leistungskondition folgt (s. Problem I, Theorie I, Meinung B). Vertragliche Ansprüche scheiden danach aus. Die Voraussetzungen der im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis geregelten Schadensersatzansprüche liegen ebenfalls nicht vor. Theorie I würde aber eine Haftung aus §§ 990 I, 989 analog ableiten. Theorie II würde die Schadensersatzpflicht demgegenüber mit einer Analogie zu § 991 II begründen. Theorien III–VI kämen mit unterschiedlicher Begründung zu einem Schadensersatzanspruch aus § 823 I. Einzelne Autoren (*Baur/Stürmer, Köbl*) würden die Ansprüche aus §§ 991 II, 823 I analog und § 823 I in unmittelbarer Anwendung nebeneinander gewähren.

2. Der 17-jährige B mietet von E ein Moped, wobei er schuldlos von einer (in Wirklichkeit nicht gegebenen) Einwilligung seiner Eltern ausgeht. B verursacht schuldhaft einen Unfall, bei dem das Moped beschädigt wird. Die Eltern des B verweigern die Genehmigung zum Abschluss des Vertrages. Ansprüche des E gegen B?

Vertragliche Ansprüche sind nicht gegeben. Auch ein Anspruch aus §§ 990 I, 989 liegt nicht vor, da weder B noch seine Eltern beim Besitzerwerb bösgläubig waren.

Theorie I müsste einen Schadensersatzanspruch aus §§ 990 I, 989 analog in Betracht ziehen. Ob dieser wirklich gewährt würde, müsste dann davon abhängen, welche Stellung im Streit um die Relevanz der eigenen Kenntnis des minderjährigen Besitzers im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 990 bezogen wird (s. dazu Staudinger/*Gursky* [2013] § 990 Rn. 38 ff.). Die wohl hM will wohl die eigene Bösgläubigkeit des Minderjährigen im Falle seiner Deliktsfähigkeit beachten. Theorie II hat keinen rechten Ansatz, um die Minderjährigkeit des B zu berücksichtigen. Theorien III–VI würden die §§ 823 I, 828 II direkt anwenden.

3. D verpfändet dem P eine Sache, die dem E gestohlen worden ist. P übersieht dabei leicht fahrlässig Umstände, die gegen die Eigentümerstellung des D sprechen. Bei Fälligkeit der gesicherten Forderung verwertet P die Sache durch Pfandveräußerung

B. Ansprüche auf Schadensersatz und Nutzungsherausgabe nach §§ 987–993

(§§ 1233, 1235). Der dabei erzielte Erlös liegt unter dem Sachwert. E verlangt nun von P Schadensersatz.

Ein Anspruch aus § 823 I wegen fahrlässiger Eigentumsverletzung ist hier tatbestandsmäßig gegeben. Mangels Überschreitung des vermeintlichen Besitzrechts wäre der Anspruch jedoch nach Theorien I, II und IV aus Konkurrenzgründen, nämlich wegen der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, zu verneinen; die von Theorie IV bejahte Ausnahme für den Fremdbesitzerexzess griffe nicht ein, und die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von §§ 990 I, 989 (Theorie I) bzw. § 991 II (so Theorie II) wären mangels einer Überschreitung des angenommenen Besitzrechts zu verneinen. Nur wenn man die Anwendung der §§ 987 ff. (mit Theorie VI) prinzipiell auf Eigenbesitzer beschränkt oder jedenfalls Haftungsprivilegien der §§ 987 ff. mit Theorie III ausschließlich dem Eigenbesitzer zukommen lassen will oder schließlich der Lehre von der freien Anspruchskonkurrenz zwischen Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Deliktsrecht (Problem 10, Theorie III) folgt, kann man den Schadensersatzanspruch bejahen.

12. Problem

Beurteilt sich die Redlichkeit bei Besitzerwerb nach der Person des Besitzers oder nach der seines Gehilfen?

Beispiele:

Der Angestellte A der Firma B kauft von X Messgeräte für die Firma, die aus Diebstählen des X in der Fabrik Z herrühren. A war Leiter der Einkaufsabteilung und hätte wegen des niedrigen Preises die zweifelhafte Herkunft der Geräte erkennen müssen. Die Firma B verschleudert die Geräte in Asien. Kann Z von B nach §§ 989, 990 I 1 Schadensersatz verlangen? (nach BGHZ 32, 53).

Ausgangspunkt:

§ 990 I 1 setzt voraus, dass der Besitzerwerber nicht in gutem Glauben (§ 932 II analog) bezüglich seines Besitzrechtes ist. Probleme tauchen auf, wenn der Besitzerwerb durch einen Gehilfen erfolgt. Die Fallgestaltung, in der Besitzer und Besitzdiener beide entweder gut- oder bösgläubig sind, bereitet keine Schwierigkeiten. Auch der Fall, bei dem der Besitzer bösgläubig, der Besitzdiener jedoch gutgläubig ist, wird nach allgemeiner Ansicht so entschieden, dass es hier auf den Besitzherrn ankommt (BGHZ 16, 259 [263]; Staudinger/*Gursky* [2013] § 990 Rn. 51; aA noch *Schulze* Gruchot 64 (1920), 400 [414]). Umstritten ist lediglich, ob die Bösgläubigkeit des Besitzdieners dem gutgläubigen Besitzherrn zugerechnet werden kann.

§ 278 muss hierbei außer Betracht bleiben, denn § 278 kann grundsätzlich nur innerhalb bestehender Schuldverhältnisse Anwendung finden. Das gesetzliche Schuldverhältnis der §§ 987 ff. wird aber gerade durch den Besitzerwerb erst begründet. Auch eine direkte Anwendung des § 166 muss ausscheiden (aA noch RG SeuffArch 79 [1925], Nr. 186), da die §§ 164 ff. nur die Abgabe von Willenserklärungen betreffen, der Besitzerwerb aber die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache bedeutet. § 831 regelt unmittelbar nur die Haftung des Geschäftsherrn für unerlaubte Handlungen des Verrichtungsgehilfen, sodass auch diese Norm für die Frage der Zurechnung der Bösgläubigkeit beim Besitzer nicht unmittelbar herangezogen werden kann.

Die wissenschaftliche Diskussion des vorliegenden Problems hat zu einem sehr breit gefächerten Meinungsspektrum geführt. Die folgende Darstellung konzentriert sich auf die wesentlichen der heute noch vertretenen Auffassungen.

I. Theorie der analogen Anwendung des § 831

Ob dem persönlich gutgläubigen unrechtmäßigen Besitzer die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis einer beim Besitzerwerb beteiligten Hilfsperson zugerechnet werden kann, richtet sich (ausschließlich) nach der analog anzuwendenden Vorschrift des § 831.

Vertreten von:

Baur/Stürner SachenR § 5 Rn. 15, § 8 Rn. 8; *Erman/Ebbing* § 990 Rn. 24; *Fikentscher*, Schuldrechtspraktikum, 1972, 120; *Harms* SachenR 59; *Heck* SachenR § 69, 6; *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1996, Rn. 1213 (modi-

B. Ansprüche auf Schadensersatz und Nutzungsherausgabe nach §§ 987–993

fiziert: für Einschränkung der Exculpationsmöglichkeit); Jauernig/Berger § 990 Rn. 2 (bb); Koppensteiner/Kramer 146; Medicus/Petersen BürgerlR Rn. 581; Medicus BGB AT, 10. Aufl. 2010, Rn. 903; MüKoBGB/Medicus, 4. Aufl. 2004, § 990 Rn. 12; Petersen JURA 2002, 255 (258); Soergel/Schultze-von Lasaulx, 11. Aufl. 1978, § 166 Rn. 16; Soergel/Leptien, 12. Aufl. 1987, § 166 Rn. 16; Staudinger/Dilcher (1979) § 166 Rn. 9; StudK/M. Wolf § 990 Anm. 2c; Westerhoff, Organ und gesetzlicher Vertreter 1993, 57 ff.; Westermann SachenR § 14, 3; H. Westermann JuS 1961, 79 (82); ähnlich auch Wilhelm AcP 183 (1983), 1 (24); L. Birk JZ 1963, 354; iE ähnlich, aber unter gleichzeitiger Berufung auf §§ 831 und 166 und mit im Widerspruch zu § 831 stehender Beweislastverteilung BGHZ 16, 259.

1. Argument

Die §§ 990, 989 begründen einen deliktsähnlichen, gestreckten Haftungstatbestand (erst unredlicher Erwerb, dann schuldhafte Vereitelung der Herausgabe). Schon die bösgläubige Besitzbegründung als solche steht dabei einem Delikt zumindest nahe. Deshalb passt § 831 als Grundlage für die Zurechnung der Bösgläubigkeit von Hilfspersonen des Besitzerwerbers besser als § 166 I.

2. Argument

Es geht um die Zurechnung der Bösgläubigkeit von Besitzdienern. Die Weisungsabhängigkeit des Besitzdieners entspricht mehr der Gebundenheit des Verrichtungsgehilfen. Eine solche Weisungsabhängigkeit ist zwar auch beim Vertreter möglich, aber weder nötig noch typisch.

3. Argument

Für die Fälle des Besitzerwerbs durch Straftat oder schuldhaft verbotene Eigenmacht hebt § 992 die grundsätzliche Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses gegenüber dem Deliktsrecht auf. Damit ist eine Haftungsverschärfung beabsichtigt. Wendet man nun im Rahmen des § 990 den § 166 I entsprechend an, so würde dies zu einer strengeren Haftung des Besitzers (nämlich keine Exculpationsmöglichkeit) führen als im Falle der haftungsverschärfenden Norm des § 992, da bei Letzterer § 831 jedenfalls anwendbar ist (Baur).

4. Argument

§ 166 I kommt als Zurechnungsvorschrift schon deshalb nicht in Frage, weil die Rechtsfolge der Norm nicht passt: § 166 I verleiht der Bewusstseinslage des Stellvertreters Einfluss auf die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung. Bei § 990 geht es aber nicht um die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, sondern um Haftungsfragen.

5. Argument

Der Lösungsweg über die analoge Anwendung des § 166 I führt für gleichgelagerte Fälle zu schwer verständlichen Unterschieden. Beschädigt der bösgläubige Besitzdiener die Sache vor der Besitzbegründung, gilt für den Besitzherrn § 831. Beschädigt er sie jedoch gleich nach Besitzerlangung, so würde der Besitzer nach § 990 I 1 iVm §§ 166 I, 989 haften (Medicus).

6. Argument

Im umgekehrten Fall, wo der Besitzherr bösgläubig und der Besitzdiener gutgläubig ist, findet § 166 auch keine entsprechende Anwendung.

7. Argument

Auch im Falle des gutgläubigen Erwerbs, § 932, kann die Bösgläubigkeit des nur zur Entgegennahme eingeschalteten Besitzdieners dem Besitzherrn nicht angelastet werden.

II. Enge Theorie der analogen Anwendung des § 166 I

Die Bösgläubigkeit einer beim Besitzerwerb beteiligten Hilfsperson kann dem Besitzer nur in Analogie zu § 166 I zugerechnet werden. Dies setzt voraus, dass die betreffende Hilfsperson entweder wirklich Stellvertreter des gegenwärtigen Besitzers war oder jedenfalls eine einem Stellvertreter vergleichbare freie Stellung hatte, also mit selbstständiger Entscheidungskompetenz und Verantwortung für die Erwerbshandlung ausgestattet war. Fehlt es an dieser freien Stellung, ist die Bösgläubigkeit der Hilfsperson für die Frage der Haftung des Besitzers aus § 990 irrelevant.

Vertreten von:

BGHZ 32, 53 = LM § 166 BGB Nr. 4; BGHZ 41, 17 (21 f.); 55, 307 (311); 135, 202 (203 ff.); BGH WM 1974, 154 (155); 1974, 1040; OLG München WM 1977, 1036 (1038); *Blomeyer*, Zivilprozessrecht II, 1975, § 35 III; *Brehm/Berger* SachenR Rn. 8.20; *Enders*, Der Besitzdiener – ein Typusbegriff, 1991, 94 ff. (110); *Ermann/Hefermehl*, 10. Aufl. 2000, § 990 Rn. 4; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 875 Fn. 42; *Gursky* Klausurenkurs SachenR Rn. 208 ff.; *ders.* JZ 1997, 1154 (1159); *Kiefner* JA 1984, 189 (193); *Kindl* JA 1996, 115 (116); *Knütel* JuS 1989, 208 (214); *Kropholler/Jacoby/v.Hinden* § 990 Rn. 2; *Limbach* JuS 1983, 291 (293 f.); *Musielak/Hau* EK BGB Rn. 357; (wohl auch) NK-BGB/*Schanbacher* § 990 Rn. 12; *Neuner* SachenR Rn. 136; *Pinger* MDR 1974, 184 (186 f.); *Rabe*, Die Behandlung der Bösgläubigkeit des Besitzdieners beim Besitzerwerb, 1970, 160 ff. (172 f.); *Raiser* JZ 1961, 27; *Reinhardt*, GS Rudolf Schmidt, 1966, 117 ff. (124 f.); *Richardi* AcP 169 (1969), 385 (394); RGRK-BGB/*Pikart* § 990 Rn. 21; RGRK-BGB/*Steffen* § 166 Rn. 16; *Schapp/Schur* SachenR Rn. 106; *Schilken*, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983, 270 ff. (278); *Schmolke* JA 2007, 101 (103); *K.Schreiber* JURA 1992, 356 (361 f.); *Soergel/Mühl*, 12. Aufl. 1987, § 990 Rn. 19; *Soergel/Stadler* § 990 Rn. 17; *Staudinger/Gursky* (2013) § 990 Rn. 46 ff.; *Staudinger/Schilken* (2014) § 166 Rn. 11; (wohl auch) *Waltermann* AcP 192 (1932), 181 (202 ff.); *Weber* SachenR I § 16 Rn. 23; *Westermann/Pinger* SachenR § 32 II 2c; *Wolf, E.* SachenR 260 f.; *Wolff/Raiser* SachenR § 13 II 45. Für den Weg über § 166 I, aber ohne Erwähnung der diese Auffassung von Theorie III unterscheidenden Einschränkung *Achilles/Greif/Leiss* § 990 Anm. 1b; *Berg* JuS 1965, 190 (194); *Schlegelberger/Vogels/v. Spreckelsen* § 990 Rn. 1 aE.

1. Argument

Ratio legis des § 166 I ist die Erwägung, dass jemand, der »sich im Rechtsverkehr fremder Hilfe bedient und die Wirkungen fremden Handelns für sich in Anspruch nimmt, auch die Nachteile daraus« (nämlich aus der Bösgläubigkeit seiner Hilfsperson) »in Kauf nehmen muss und sich nicht der eigenen sauberen Hände rühmen darf, wenn andere sie sich für ihn schmutzig gemacht haben« (*Raiser*). Diese Überlegung trifft aber auf den Besitzerwerb durch Besitzdiener genauso zu, wenn der Besitzdiener wie ein rechtsgeschäftlicher Stellvertreter »nicht in einen schematischen Organisationsablauf starr eingegliedert ist«, sondern zu selbstständigem Handeln berufen und mit freier Entscheidungsgewalt ausgestattet ist (*Raiser*).

B. Ansprüche auf Schadensersatz und Nutzungsherausgabe nach §§ 987–993

2. Argument

Nur bei dem Weg über die Analogie zu § 166 I lässt sich verhindern, dass beim Erwerb einer unterschlagenen Sache durch einen bösgläubigen Besitzdiener/Stellvertreter die Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit des Geschäftsherrn für die Anwendung des § 932 anders entschieden werden muss als für die des § 990 I 1 (BGHZ 32, 53 [59 f.]).

3. Argument

Die Lösung über die Analogie zu § 166 I entspricht einer aktuellen Entwicklungstendenz der Zivilrechtsdogmatik, da ein an § 166 I angelehntes allgemeines Zurechnungsprinzip der Wissensvertretung immer klarere Konturen gewinnt.

4. Argument

Wenn der Besitzdiener/Stellvertreter den Besitz nach § 854 II erwerben würde, käme § 166 I sogar unmittelbar zur Anwendung. Von dem Zufall, ob der Besitzerwerb nach § 854 I oder II stattfindet, kann die Zurechnung des bösen Glaubens aber nicht abhängig sein (*Prütting*, der aber Theorie III vertritt).

5. Argument (gegen Theorie I Arg. 5)

Der Vorwurf, der Lösungsweg über die Analogie zu § 166 I müsse zwischen dem Handeln des Besitzdieners vor und nach der Besitzbegründung einen schwer verständlichen Unterschied machen, liegt neben der Sache. Ein solcher Unterschied ist unvermeidbar und folgt einfach daraus, dass das eine Mal außerhalb, das andere Mal innerhalb einer Sonderverbindung für fremdes Verhalten gehaftet wird.

6. Argument

Um die Haftung des Besitzherrn aus § 990 I bei Bösgläubigkeit des Besitzdieners bejahen zu können, brauchen wir nur eine Norm, die klarstellt, dass dieser sich die Kenntnis oder grobe Fahrlässigkeit des Besitzdieners wie eine eigene entsprechende Bewusstseinslage zurechnen lassen muss. Die Rechtsfolgenrechtsseite des § 166 I – die Zurechnung der Kenntnis oder des Kennenmüssens eines anderen – entspricht genau dem in § 990 I noch fehlenden Tatbestandsteilstück. Die Rechtsfolge des § 831 ist aber eine ganz andere: nämlich die Verpflichtung des Besitzherrn zum Schadensersatz. Diese Rechtsfolge passt selbst dann nicht, wenn man auch noch die Rechtsfolgenrechtsseite des § 990 hinzunimmt: Der bösgläubige Besitzerwerb als solcher löst ja nur verschärfte Sorgfaltsanforderungen für den Besitzer aus, begründet aber noch keine Schadensersatzpflicht.

7. Argument

Die analoge Anwendung des § 831 passt nicht, weil die §§ 989 ff. nicht ein Delikt betreffen, sondern Leistungsstörungenansprüche wegen Vereitelung des Vindikationsanspruchs sind (*Pinger*). Im Übrigen ist zu beachten, dass sich die Frage der Haftungsverschärfung wegen Bösgläubigkeit eines Besitzdieners nicht nur für die Schadensersatzpflicht aus § 990, sondern auch für die Erweiterung der Nutzungsherausgabepflicht des Vindikationsgegners und die Reduzierung seiner Verwendungsersatzansprüche stellt. Jedenfalls für die letzteren Bereiche liegt die Heranziehung von § 831 sehr fern. Und die Frage muss sicher für alle drei Konstellationen einheitlich entschieden werden (*Brehm/Berger*).