

Skript Sachenrecht 1

Allgemeine Lehren, Bewegliche Sachen

Bearbeitet von
Von Dr. Till Veltmann, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Arbeitsrecht

22. Auflage 2018. Buch. X, 312 S. Softcover
ISBN 978 3 86752 634 0
Format (B x L): 19,5 x 24,9 cm
Gewicht: 655 g

[Recht > Zivilrecht > Sachenrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

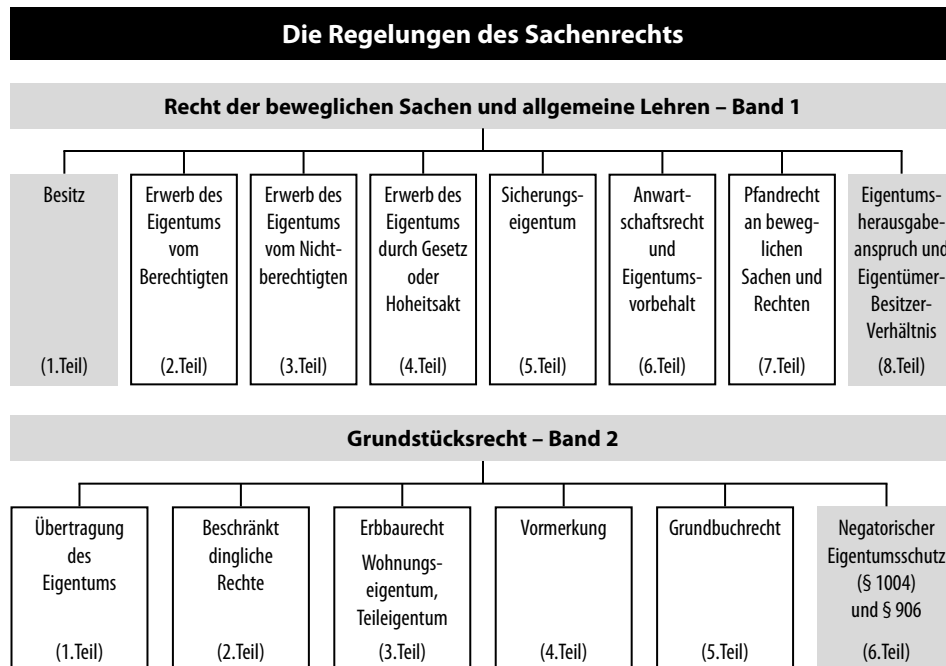
Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen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

Überblick

Das Sachenrecht ist umfassend und zusammenhängend in den §§ 854–1296 geregelt. Nur Regelungen zu der Frage, was eine „Sache“ im Sinne des BGB ist, finden sich im Allgemeinen Teil (§§ 90–100¹), weil dieser Begriff für alle Rechtsgebiete des BGB gleichermaßen gilt.

- In diesem Band werden das Entstehen der Rechte sowie die Rechtsänderung an **beweglichen Sachen** behandelt.
- Im **AS-Skript Sachenrecht 2 (2018)** sind das Entstehen der **Grundstücksrechte** sowie die Rechtsänderung an diesen Rechten dargestellt.
- Außerdem gibt es Vorschriften, die für alle Sachen – bewegliche Sachen und Grundstücke – gelten. In diesem Band werden dargestellt der **Besitz** einschließlich der Selbsthilferechte des Besitzers und der Besitzschutzansprüche und das **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis** (EBV). Wegen der praktisch größeren Bedeutung im Grundstücksrecht wird der negatorische Eigentumsschutz aus § 1004 ausführlich im **AS-Skript Sachenrecht 2 (2018)** behandelt.

Die Darstellung des Sachenrechts im Überblick:



I. Sachen

Sachen im Sinne des BGB sind gemäß **§ 90 körperliche Gegenstände**, also alles, was sinnlich wahrnehmbar und räumlich abgegrenzt ist.

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

- **Nicht** zu den Sachen gehören elektrischer **Strom** und fließendes **Wasser**, da es an einer festen Begrenzung fehlt. Auch **geistige Werke** und **Rechte**, z.B. Forderungen, sind keine Sachen.
 - **Tiere** sind keine Sachen, die für Sachen geltenden Vorschriften werden auf sie jedoch entsprechend angewandt, § 90 a.
 - Nicht zu den Sachen zählt ferner der **Körper des lebenden Menschen**. Abgetrennte und damit verselbstständigte Körperteile, wie Haare, gezogene Zähne, gespendetes Blut, Eizellen, Samen oder auch Organe, können jedoch als Sachen Eigentumsobjekte sein. Sie werden aber durch das Persönlichkeitsrecht des Menschen überlagert, solange die Person, von der der Körperteil stammt, diese nicht in den Verkehr gelangen lassen will.
- 4 Sachen werden in **bewegliche Sachen** und **unbewegliche Sachen** eingeteilt.

- **Unbewegliche Sachen** sind **Grundstücke und ihre wesentlichen Bestandteile** (Einzelheiten im AS-Skript Sachenrecht 2 (2018), Rn. 2 ff. Siehe zur Verbindung beweglicher Sachen mit einem Grundstück unten Rn. 242 f.).
- **Bewegliche Sachen** sind alle anderen Sachen.

Zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen bestehen erhebliche Unterschiede. Beispiele:

- Die rechtsgeschäftliche Übertragung beweglicher Sachen erfolgt nach den **§§ 929 ff.**, die Übertragung von Grundstücken nach **§§ 873 ff.**
- Ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten ist nach **§§ 932 ff.** möglich, der gutgläubige Erwerb eines Grundstücks nach **§ 892**.
- Ein **Pfandrecht** kann – außer an Rechten – nur an beweglichen Sachen bestellt werden, während an Grundstücken **Grundpfandrechte** (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) bestellt werden können.

II. Grundprinzipien des Sachenrechts

1. Trennungs- und Abstraktionsprinzip

- 5 Der Grundgedanke des **Trennungsprinzips** ist, dass das **schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft** und das **sachenrechtliche Verfügungsgeschäft** voneinander zu trennen sind. Das Verpflichtungsgeschäft verändert nicht die dingliche Rechtslage, sondern es ist ein getrenntes Verfügungsgeschäft erforderlich.

Beispiel: Will man eine Sache erwerben, muss man zunächst einen Kaufvertrag schließen. Nach § 433 Abs. 1 S. 1 ist der Verkäufer dann „verpflichtet“, die Kaufsache zu übereignen. Eine Rechtsänderung an der Kaufsache wird durch den Kaufvertrag aber noch nicht herbeigeführt. Anschließend muss der Verkäufer seiner Verpflichtung nachkommen, also das Eigentum an der Kaufsache auf den Käufer übertragen. Dies macht er bei einer beweglichen Sache durch eine Übereignung nach § 929 S. 1.

Der **Sinn des Trennungsprinzips** besteht in Folgendem: Der Gesetzgeber wollte, dass immer ganz klar ist, wer Eigentümer einer Sache ist. Deshalb gilt für Verfügungsgeschäfte der **Bestimmtheitsgrundsatz** (dazu gleich unten Rn. 10). Durch den Bestimmtheitsgrundsatz sollte der Abschluss von Verpflichtungsgeschäften aber nicht erschwert werden.

Beispiel: K bestellt bei V im Internet ein neues iPhone. V hat 20 iPhones vorrätig. Der Kaufvertrag kommt wirksam zustande, ohne dass die Parteien – z.B. anhand der Seriennummer – bestimmen müssen, welches der 20 iPhones K kauft. Es handelt sich um einen Gattungskauf (§ 243), sodass V gemäß § 243 Abs. 1 ein iPhone mittlerer Art und Güte an K übereignen muss. Wären Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht getrennt, müsste aber schon im Zeitpunkt des Kaufvertrags feststehen, welches konkrete iPhone K erhält – der Abschluss eines Kaufvertrags wäre unnötig kompliziert.

Das Trennungsprinzip erleichtert also den Abschluss schuldrechtlicher Verträge. Nur wegen des Trennungsprinzips kann z.B. auch eine noch gar nicht hergestellte Sache verkauft werden.

Aufbauend auf dem Trennungsprinzip regelt das **Abstraktionsprinzip**² die rechtliche Unabhängigkeit der schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäfte. Fehler des Verpflichtungsgeschäfts wirken sich grundsätzlich nicht auf die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts aus und umgekehrt. Die Rechtsgeschäfte sind daher stets getrennt auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen.

Zweck des Abstraktionsprinzips ist es vor allem, einen hinreichenden Verkehrsschutz zu gewährleisten. Insbesondere ist es so möglich, dass der Erwerber ungeachtet des unwirksamen Kausalgeschäfts als Berechtigter über die Sache verfügen und ein Dritter den Verfügungsgegenstand selbst dann erwerben kann, wenn er um die Unwirksamkeit des ursprünglichen Kausalgeschäfts weiß.

Wenn das Verfügungsgeschäft trotz Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts wirksam ist, erfolgt der Ausgleich der damit einhergehenden Vermögensverschiebungen über das **Bereicherungsrecht** (§§ 812 ff.).

2. Absolutheit

Anders als schuldrechtliche Ansprüche, die gemäß § 241 nur gegenüber dem Schuldner eine Rechtsposition einräumen, wirken die **dinglichen Rechte gegenüber jedermann** und sind gegen jeden rechtswidrigen Eingriff geschützt.

Beispiel: Wenn A und B einen Kaufvertrag schließen, geht dies nur A und B etwas an. Dingliche Rechte wirken demgegenüber gegen jedermann. Wenn A dem B die Kaufsache übereignet hat, B also Eigentümer geworden ist, ist das Eigentum absolut – also gegenüber jedermann und nicht nur gegenüber A – geschützt. Wenn ein beliebiger Dritter die Sache beschädigt, steht B jetzt ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 zu, nimmt ein beliebiger Dritter die Sache unberechtigt weg, kann B Herausgabe nach § 985 verlangen.

3. Numerus clausus und Typenzwang

Da Sachenrechte gegenüber jedermann gelten, muss auch für jedermann vorhersehbar sein, welchen Ansprüchen er ausgesetzt sein kann. Deshalb lässt das BGB nur eine **begrenzte Anzahl von dinglichen Rechtstypen** zu. Es können auch keine neuen Rechtstypen durch Vereinbarung geschaffen werden (**Numerus clausus der Sachenrechte**). Auch bei der Begründung und Ausgestaltung eines solchen Rechts sind die Parteien nicht frei, sondern an den im **Gesetz bestimmten Inhalt** gebunden (**Typenzwang**). Insofern ist die Vertragsfreiheit eingeschränkt.

4. Publizitätsprinzip (Offenkundigkeitsprinzip)

Da die Übertragung eines dinglichen Rechts wegen seiner Absolutheit nicht lediglich Wirkung für den Veräußerer und Erwerber des Rechts hat, sondern auch für Dritte, muss die Übertragung, wie auch die **Bestellung dinglicher Rechte, nach außen erkennbar** sein (Publizitätsgrundsatz). Anknüpfungspunkt für die tatsächliche, die vermutete (§§ 1006, 891) oder zumindest die den Rechtsschein der Rechtsinhaberschaft begrün-

² Siehe zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip AS-Skript BGB AT 1 (2018), Rn. 25 ff.

dende (§§ 932 f., 892) Rechtsstellung ist bei beweglichen Sachen der Besitz und bei Grundstücksrechten das Grundbuch. Dem Besitz bzw. der Eintragung im Grundbuch kommen drei Funktionen zu: Die **Übertragungswirkung** (vgl. § 929 für die Übereignung: „Übergabe“), die **Vermutungswirkung** (vgl. § 1006 bzw. § 891) und die **„Gutgläubenswirkung“** (vgl. § 932 bzw. §§ 892, 893).

5. Bestimmtheitsgrundsatz (Spezialitätsgrundsatz)

- 10 Wenn dingliche Rechte gegenüber jedermann wirken, ist erforderlich, dass die Sache, um die es geht, eindeutig bestimmt ist. Anders als im Schuldrecht, wo es ausreicht, dass die Leistung/Gegenleistung anhand der von den Parteien festgelegten Maßstäbe oder subsidiär durch das Gesetz (vgl. z.B. §§ 315 ff.) bestimmbar ist, ist eine Einigung über eine Verfügung über eine Sache nur dann wirksam, wenn der **Gegenstand, an dem sich die Rechtsänderung vollziehen soll, im Zeitpunkt der von den Parteien vorgestellten Vollendung des Rechtserwerbs allein anhand der (Verfügungs-)Einigung bestimmt ist**. Bestimmbarkeit reicht nicht aus. Dingliche Rechte können immer nur an konkreten, einzelnen Sachen, nicht aber an Sachgesamtheiten oder einem Vermögen bestehen. Zwar kann man sich zur Übertragung von Sachgesamtheiten, wie z.B. eines Unternehmens, verpflichten, die Erfüllung erfolgt jedoch durch einzelne Verfügungen hinsichtlich der einzelnen Sachen.

III. Klausurtechnik im Mobiliarsachenrecht

- 11 In Klausuren aus dem Bereich Mobiliarsachenrecht geht es meist um das **Eigentum** an einer beweglichen Sache. Insofern sind jedoch ganz unterschiedliche Fragestellungen in einer Klausur denkbar:
- Denkbar ist zunächst die ganz allgemeine – wenn auch in Klausuren seltene – Frage: „Wer ist Eigentümer der Sache?“ In einem solchen Fall empfiehlt sich ein streng **chronologischer Aufbau** der Klausur, beginnend mit einer Person, von der laut Sachverhalt feststeht, dass sie zu einem bestimmten Zeitpunkt Eigentümer war.
Formulierungsbeispiel: „Ursprünglich war E Eigentümer. Er könnte sein Eigentum jedoch durch Übereignung an K gemäß § 929 S. 1 verloren haben. (...) Somit ist K Eigentümer geworden. Er könnte sein Eigentum jedoch durch eine Verfügung des N an G verloren haben. ...“
 - Praktisch viel häufiger sind aber Ansprüche zu prüfen. Eine sachenrechtliche Prüfung kann hier ganz unterschiedlich eingeleitet werden:
 - Eine Person verlangt unter Berufung auf ihr Eigentum Herausgabe – zu prüfen ist in erster Linie ein Herausgabeanspruch aus **§ 985**.
 - Der (angebliche) Eigentümer verlangt Schadensersatz wegen einer Beschädigung seiner Sache. Voraussetzung für einen Anspruch aus **§ 823 Abs. 1** ist, dass er Eigentümer ist. Oder er verlangt Unterlassung einer Störung aus **§ 1004** – auch hier ist das Eigentum des Gestörten Anspruchsvoraussetzung.
 - Ein Nichtberechtigter verfügt über eine Sache und der Eigentümer verlangt von dem Verfügenden den Veräußerungserlös nach **§ 816 Abs. 1**.
 - Ein beliebter prozessualer „Klausuraufhänger“ für eine Prüfung der Eigentumsverhältnisse ist auch die **Drittwiderspruchsklage** gemäß **§ 771 ZPO**: Eine bewegliche Sache wird bei einer Person gepfändet und ein angeblicher Eigentümer wendet sich mit der Drittwiderspruchsklage gegen die Vollstreckung in diese Sache.³ Die Drittwiderspruchsklage ist begründet, wenn dem Kläger ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. Dies ist das Eigentum an der Sache.

³ Siehe zur Drittwiderspruchsklage AS-Skript ZPO (2018), Rn. 521.

- Schließlich sind auch sehr verschachtelte „Inzidentprüfungen“ denkbar: **Erlangtes Etwas** i.S.d. §§ 812 ff. kann das Eigentum sein, ein **fremdes Geschäft** i.S.d. §§ 677 ff. liegt vor, wenn der Geschäftsführer über eine fremde Sache verfügt, ein **Werkunternehmerpfandrecht** nach § 647 entsteht an „Sachen des Bestellers“ etc.

Allen genannten Fällen ist jedoch eines gemeinsam: Es wird nicht allgemein gefragt, **wer** Eigentümer ist, sondern es muss begutachtet werden, ob eine **ganz bestimmte Person** Eigentümer ist. 12

Vielfach wird auch in diesen Fällen empfohlen, die Eigentumsverhältnisse chronologisch zu prüfen. Dies führt allerdings oft zu einem etwas merkwürdigen Klausuraufbau, insbesondere bei mehreren denkbaren Erwerbsvorgängen.

Beispiel: A übereignet an B, B an C. C verliert die Sache. D findet sie und übereignet an E. Gefragt ist, ob C Ansprüche gegen E hat.

In einer Klausur sind zwei Aufbaumöglichkeiten denkbar:

A. Chronologischer Aufbau 13

„I. C könnte einen Anspruch aus § 985 gegen E haben. Dies setzt voraus, dass C Eigentümer und unberechtigter Besitzer ist.

1. Ursprünglich war A Eigentümer. Er könnte sein Eigentum jedoch auf B übertragen haben...“

Bereits an dieser Stelle fällt auf: Gefragt ist, ob C Eigentümer der Sache ist. Trotzdem wird die Prüfung der Eigentumsverhältnisse mit einer Übereignung des A an B eingeleitet, sodass der Leser sich fragen muss: Was hat das mit dem Eigentum des C zu tun?

Überzeugender ist daher folgender Aufbau:

B. Personenbezogener Aufbau 14

„I. C könnte einen Anspruch aus § 985 gegen E haben. Dies setzt voraus, dass C Eigentümer und unberechtigter Besitzer ist.

1. C könnte das Eigentum an der Sache von B gemäß § 929 S. 1 erworben haben. Die Parteien haben sich geeinigt und B hat die Sache dem C übergeben. Fraglich ist, ob B zur Verfügung berechtigt war. Dies ist dann der Fall, wenn er seinerseits das Eigentum von A erhalten hat.

2. A und B haben sich über den Eigentumsübergang geeinigt und A hat B die Sache übergeben. A war als Verfügungsbefugter Eigentümer auch Berechtigter. B hat daher das Eigentum von A erworben, sodass er berechtigt war, an C zu übereignen.

C ist daher zunächst Eigentümer geworden. Er könnte jedoch ...“

Der personenbezogene Aufbau führt zwar zu einer inzidenten Prüfung der Übereignung A an B, gibt aber auf die aufgeworfene Frage, ob C Eigentümer der Sache ist, die gutachtlich sauberere Antwort. Natürlich gilt es auch innerhalb dieses Aufbaus, die Chronologie strikt einzuhalten: Wenn C auf verschiedene Arten von B das Eigentum erworben haben kann (durch Verfügung, gesetzlich durch Einbau oder durch gutgläubigen Erwerb von einem Dritten), müssen diese Erwerbsstatbestände in zeitlich chronologischer Folge geprüft werden. Dies ist z.B. wenn es um eine etwaige Übertragung von Anwartschaftsrechten und deren Erstarken zum Vollrecht Eigentum geht, ganz besonders wichtig (dazu Rn. 381 ff.). 15

Wenn der Fall sehr unübersichtlich ist und viele Übertragungen stattgefunden haben, kann es ausnahmsweise trotzdem ratsam sein, den chronologischen Aufbau zu wählen, um zu viele Inzidentprüfungen zu vermeiden.

1. Teil: Besitz

A. Überblick

- 16 Besitzer ist, wer nach der Verkehrsanschauung die **tatsächliche Gewalt über eine Sache** ausübt oder für sich ausüben lässt. Besitzer kann jede natürliche oder juristische Person sein. Bei der juristischen Person muss die tatsächliche Gewalt durch Organe, einen Besitzdiener oder Besitzmittler ausgeübt werden.

B. Besitzerwerb und -verlust

I. Unmittelbarer Besitz

- 17 Der **unmittelbare Besitz** kann erworben werden, indem der bisherige Besitzer die Sache willentlich auf den Erwerber oder dessen Besitzdiener im Einverständnis überträgt (**abgeleiteter oder derivativer Erwerb**), oder indem der Erwerber einseitig die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt (**originärer Erwerb**).

1. Erwerb der tatsächlichen Sachherrschaft, § 854 Abs. 1

- 18 Für einen Erwerb des unmittelbaren Besitzes gemäß § 854 Abs. 1 muss der Erwerber die tatsächliche Gewalt (tatsächliche Sachherrschaft) über die Sache erlangen. Dies setzt Folgendes voraus:

Aufbauschema: Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1

- I. **Räumliche Beziehung** des Erwerbers zur Sache, die es ihm unter Berücksichtigung der **Verkehrsanschauung** ermöglicht, auf die Sache einzuwirken
- II. Gewisse **Dauerhaftigkeit** der räumlichen Beziehung
- III. (Natürlicher) **Besitzwille** des Erwerbers

a) Räumliche Beziehung des Erwerbers zur Sache

- 19 Zwischen dem Erwerber und der Sache muss eine **räumliche Beziehung** hergestellt werden, die es dem Erwerber unter Berücksichtigung der **Verkehrsanschauung** ermöglicht, tatsächlich auf die Sache einzuwirken. Die für die Gewaltausübung erforderliche räumliche Beziehung zur Sache besteht, wenn die Sache dem Erwerber persönlich ausgehändigt wird oder in den Herrschaftsbereich des Erwerbers gelangt, der von Dritten gewöhnlich beachtet wird.

Beispiele: Die Sache wird in das Haus, die Wohnung, die Geschäftsräume, das Fabrikgebäude gebracht oder auf das Betriebsgelände geschafft. Sachherrschaft besteht auch, wenn Ware vor der Ladentür abgelegt wird.

Nicht erforderlich ist, dass andere von jeglicher Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache ausgeschlossen sind. Besitz erfordert auch keine jederzeitige Zugriffsmöglichkeit auf die Sache.

Beispiel: Der Bauer bleibt auch Besitzer seines Pfluges, wenn er diesen über Nacht auf seinem Acker stehen lässt.⁴

b) Gewisse Dauerhaftigkeit der räumlichen Beziehung

Die räumliche Beziehung der Person zur Sache muss nach h.M. von **gewisser Dauer** sein, sodass eine nur vorübergehende Sachberührung bzw. Entgegennahme der Sache nicht ausreicht (arg. e contrario § 856 Abs. 2).

Beispiele: Wer im Kaufhaus Waren aus dem Regal zur Prüfung entnimmt, wird nicht Besitzer. Der Kaufinteressent, der auf dem Fahrrad im Hof des Verkäufers zur Probe fährt, erlangt keinen Besitz. Besitzer wird aber der Patient an einer probeweise eingesetzten Zahnkrone und der Hauseigentümer an einer probeweise eingebauten Heizung.

c) Besitzwille

Eine Person erwirbt nach h.M. über den Gesetzeswortlaut hinaus an den in ihren Herrschaftsbereich gelangten Sachen nur dann den Besitz, wenn sie den Willen zur tatsächlichen Beherrschung der Sachen hat (**Besitzwille**). Dieser Besitzwille muss aber nicht auf eine konkrete Sache gerichtet sein. Es genügt vielmehr der allgemeine **Beherrschungswille**.

- Der allgemeine Beherrschungswille eines Gastwirts, eines Kaufhausinhabers, eines Festveranstalters erstreckt sich **auch** auf die Sachen der Gäste, der Kunden, der Festteilnehmer, die von diesen vergessen worden sind.
- Der allgemeine Beherrschungswille fehlt bei solchen Sachen, die einer Person heimlich zugesteckt worden sind, z.B. einem Fluggast werden zollpflichtige oder verbotene Waren wegen drohender Zollkontrolle untergeschoben.⁵

Der im Falle der Übertragung des unmittelbaren Besitzes geäußerte Besitzübertragungs- und Besitzerwerbswille ist **kein rechtsgeschäftlicher Wille**, sondern ein **natürlicher Wille**, sodass auch der nicht voll Geschäftsfähige, der über die gebotene Einsichtsfähigkeit verfügt, wirksam den Besitz erwerben und übertragen kann.

2. Besitzerwerb durch Besitzdiener, § 855

Der Erwerber erlangt gemäß § 855 den unmittelbaren Besitz, wenn ein Besitzdiener die tatsächliche Sachherrschaft erlangt. Besitzdiener ist, wer **im Rahmen eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt**. Die bloße **wirtschaftliche** Abhängigkeit reicht nicht.⁶

Typische Besitzdiener sind alle Mitarbeiter, Angestellte, Arbeiter eines Betriebs, der Prokurist, der Ein- und Verkäufer, der Ladenangestellte usw. Die im Haushalt angestellten Personen sind Besitzdiener des Hausherrn, aber auch dessen minderjährige Kinder. Keine Besitzdiener sind Vorstandsmitglieder juristischer Personen, Ehegatten oder Lebensgefährten im Verhältnis untereinander und andere erwachsene Familienmitglieder.

Für das Vorliegen eines **sozialen** Abhängigkeitsverhältnisses ist die **Weisungsgebundenheit** maßgebend. Die Rechtsbeziehung, die zur Erteilung der Weisungen berechtigt, braucht nicht wirksam zu sein. Es ist aber eine tatsächliche Unterordnung erforderlich.

⁴ Baur/Stürner § 7 Rn. 16.

⁵ Vgl. MünchKomm/Joost § 854 Rn. 8; Palandt/Herrler § 854 Rn. 4.

⁶ Palandt/Herrler § 855 Rn. 2; Erman/Lorenz § 855 Rn. 2 m.w.N.; a.A. OLG Köln MDR 2000, 152.

Umstritten ist, ob das soziale Abhängigkeitsverhältnis **erkennbar** sein muss. Nach inzwischen wohl h.M.⁷ ist eine ständige Erkennbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses oder der Person des Besitzherrn nicht erforderlich. Lediglich dort, wo nach dem Offenkundigkeitsprinzip Besitzveränderungen kenntlich gemacht werden müssen, ist Erkennbarkeit zu fordern. So ist Erkennbarkeit erforderlich, wenn der Besitzdiener seine Besitzdienerstellung in die eines Besitzers umwandeln möchte.

- 25** Die weisungsgebundene Person muss **im Rahmen des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses tätig** werden. Solange sie die tatsächliche Sachherrschaft im übertragenen Aufgabenbereich ausübt, ist der Geschäftsherr Besitzer, unabhängig davon, ob der Besitzdiener für ihn besitzen will oder nicht. Der Besitz des Geschäftsherrn endet aber dann, wenn der Besitzdiener sich der Weisungsgebundenheit des Geschäftsherrn entzieht und seinen entgegenstehenden Willen erkennbar nach außen betätigt hat.⁸ Der Besitzdiener begeht dann verbotene Eigenmacht (§ 858) und wird zum unrechtmäßigen Besitzer.

Beispiel 1: Eine Haushälterin, die ihren Arbeitgeber in dessen Wagen zum Krankenhaus bringt und mit diesem Wagen auch zu den Besuchen ins Krankenhaus fährt, tritt damit noch nicht aus ihrer vorgegebenen Rolle als Besitzdienerin heraus und nimmt das Auto dadurch noch nicht in eigenen Besitz.⁹

Beispiel 2: Anders jedoch, wenn die Haushälterin vier Tage nach dem Tod des Arbeitgebers unter Vorlage der Fahrzeugpapiere bei der Zulassungsstelle das Auto auf sich ummeldet. Dadurch wird den Erben der ursprünglich durch §§ 857, 1922 begründete Besitz entzogen.¹⁰

Sehr umstritten sind die Besitzverhältnisse bei der Probefahrt mit einem Kraftfahrzeug. Unmittelbarer Besitzer ist in der Regel, wer die Herrschaft über den Fahrzeugschlüssel ausübt. Nach überwiegender Ansicht ist bei einer Probefahrt eines Kaufinteressenten dieser nur Besitzdiener.¹¹

Nach der Gegenauffassung erlangt der Kaufinteressent den unmittelbaren Besitz an dem Fahrzeug, da es an einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis fehlt. Nehme der Verkäufer an der Probefahrt nicht teil, habe er keine Einwirkungsmöglichkeit mehr auf das Fahrzeug.¹² Der BGH hat die Frage für Probefahrten im Rahmen eines Ankaufs bislang offen gelassen.¹³ Jedenfalls für eine Probefahrt nach einer Reparatur eines Kraftfahrzeugs lehnt der BGH inzwischen ein soziales Abhängigkeitsverhältnis ab.¹⁴

Der Besteller ist in diesem Fall auch während der Reparatur jedenfalls noch mittelbarer Besitzer. Dies schließt aus, ihn zwischenzeitlich als Besitzdiener anzusehen.

- 26** Rechtsfolge der Besitzdienerschaft ist, dass unmittelbarer Besitzer **„nur der andere“**, also der Geschäftsherr ist. Der Besitzdiener übt die tatsächliche Sachherrschaft für den Geschäftsherrn als sein „verlängerter Arm“ aus, hat selbst aber keinen Besitz. Die genaue Abgrenzung erfolgt gemäß der Verkehrsanschauung. So wird die tatsächliche Gewalt über Gegenstände, die sich in den Räumen des Arbeitgebers befinden im Zweifel diesem als Besitzherrn zugeordnet und der Arbeitnehmer besitzt lediglich seinen offen-

7 Staudinger/Gutzeit § 855 Rn. 15; MünchKomm/Joost § 855 Rn. 10; Erman/Lorenz § 855 Rn. 9; a.A. BGHZ 27, 360, 363; Palandt/Herrler § 855 Rn. 2.

8 H.M. BGHZ 8, 130, 133 f.; BeckOK/Fritzsche § 855 Rn. 21; Erman/Lorenz § 855 Rn. 11; a.A. MünchKomm/Joost § 855 Rn. 13.

9 OLG Koblenz NJW-RR 2000, 1606.

10 OLG Koblenz NJW-RR 2000, 1606.

11 OLG Köln NZV 2006, 260; Palandt/Herrler § 855 Rn. 7.

12 OLG Düsseldorf OLG-Report 1992, 180; Westermann/Gursky § 9 Rn. 14.

13 BGH NJW 2014, 1524; RÜ 2017, 632.

14 RÜ 2017, 632.

kundig persönlichen Besitz, z.B. private Kleidung.¹⁵ Dies hat vor allem folgende Konsequenzen:

- Dem Besitzdiener steht kein Besitzschutz gegenüber dem Besitzherrn zu. Er darf aber dessen Besitz gegen Dritte verteidigen, § 860.
- Verliert der Besitzdiener die Sache, so kommt sie dem Besitzherrn abhanden i.S.v. § 935. Aber auch wenn der Besitzdiener die Sache willentlich weggibt, stellt dies für den Besitzherrn ein Abhandenkommen dar, da es nur auf den Willen des Besitzherrn ankommt.¹⁶ In diesen Fällen ist ein gutgläubiger Eigentumserwerb eines Dritten gemäß § 935 nicht möglich.¹⁷
- Die Eigentumsvermutung des § 1006 spricht nicht für den Besitzdiener, sondern für den Besitzherrn als Eigentümer.

3. Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch rechtsgeschäftliche Einigung, § 854 Abs. 2

Die Sache, die sich im Besitz einer Person befindet, die aber allgemein zugänglich ist und bei der somit eine Zugriffsmöglichkeit anderer Personen besteht, kann durch bloße rechtsgeschäftliche Einigung übertragen werden. Der Erwerb gemäß § 854 Abs. 2 setzt voraus:

27

- Der bisherige Besitzer und der Erwerber müssen sich darüber **einigen**, dass nunmehr der Erwerber berechtigt sein soll, den Besitz auszuüben.

Für diese Einigung gelten die §§ 104 ff. Insbesondere ist – anders als bei § 854 Abs. 1 – eine Stellvertretung (§§ 164 ff.) möglich.

- Der Erwerber muss sofort in der Lage sein, die **Sachherrschaft** auszuüben und
- der bisherige Besitzer muss im Umfang der Besitzübertragung die Sachherrschaft tatsächlich **aufgeben** (wird Alleinbesitz übertragen, muss er jeglichen Besitz aufgeben; räumt er nur Mitbesitz ein, kann er selbst Mitbesitzer bleiben).¹⁸

4. Besitzerwerb juristischer Personen und Gesamthandsgemeinschaften

Juristische Personen üben den Besitz durch ihre Organe aus.

28

Organe sind bei der Aktiengesellschaft und dem Verein der Vorstand und bei der GmbH der Geschäftsführer.

Wenn die Organe die tatsächliche Sachherrschaft innehaben, ist die juristische Person Besitzer (sog. Organbesitz); die juristische Person erwirbt durch ihre Organe selbst Besitz, ohne dass die Organe Besitzdiener oder Besitzmittler sind.¹⁹

¹⁵ BGH NJW 2015, 1678, 1679.

¹⁶ BeckOK/Fritzsche § 855 Rn. 22.

¹⁷ Siehe unten Rn. 216.

¹⁸ Palandt/Herrler § 854 Rn. 7.

¹⁹ BGHZ 57, 166, 167; Palandt/Herrler § 854 Rn. 10, § 935 Rn. 10.

- 29** Ob **Gesamthandsgemeinschaften** als solche Besitzer sein können, ist umstritten und hängt davon ab, inwieweit eine Verselbstständigung der jeweiligen Gemeinschaft von ihren Mitgliedern bejaht wird.²⁰ Danach sind jedenfalls die OHG und KG im Hinblick auf §§ 124, 161 HGB als besitzfähig anzusehen,²¹ ebenso der nicht rechtsfähige Verein²² und die BGB-Außengesellschaft.²³ Bei den Gesamthandsgemeinschaften (z.B. Miterbengemeinschaft, Eheleute in Gütergemeinschaft) liegt Mitbesitz aller Beteiligten vor.

5. Verlust des unmittelbaren Besitzes, § 856

- 30** Der unmittelbare Besitz wird dadurch beendet, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise, insbesondere durch Besitzergreifung eines anderen, verliert.
- Die Besitzaufgabe erfordert eine äußerlich erkennbare Aufgabehandlung, die vom Besitzaufgabewillen getragen wird.
 - Besitzverlust in anderer Weise bedeutet: Unfreiwilliger Besitzverlust, der dadurch eintreten kann, dass dem Besitzer der Besitz entzogen wird oder der Besitzer die Sache verliert oder vergisst.
 - Die vorübergehende Entfernung von der Sache hat keinen Besitzverlust zur Folge.

Beispiel: Wer seinen Wagen auf einem öffentlichen Parkplatz abstellt, bleibt weiterhin Besitzer.

II. Mittelbarer Besitz, § 868

- 31** Der Erwerb des **mittelbaren Besitzes** setzt voraus, dass zwischen dem Besitzmittler – dem unmittelbaren Besitzer – und dem Erwerber ein Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868 begründet wird. Der mittelbare Besitzer lässt also die Sachherrschaft durch einen anderen aufgrund eines Rechtsverhältnisses für sich ausüben.

Beim mittelbaren Besitz sind also stets (mindestens) **zwei Besitzer** vorhanden:

- Der **unmittelbare** Besitzer, der die tatsächliche Sachherrschaft nicht für sich – nicht als Eigenbesitzer –, sondern für einen anderen ausübt, sodass er **Besitzmittler** ist, und
- der **mittelbare** Besitzer, für den aufgrund eines – wirksamen oder vermeintlichen – Rechtsverhältnisses die Sachherrschaft ausgeübt wird.

*Der **Besitzmittler** und der **Besitzdiener** unterscheiden sich dadurch, dass der Besitzdiener in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis zum Geschäftsherrn steht und dessen Weisungen unterworfen ist, während der Besitzmittler im Rahmen des Rechtsverhältnisses einer beschränkten Kontrolle des mittelbaren Besitzers unterliegt. Der Besitzdiener hat selbst keinen Besitz; Besitzer ist allein der Geschäftsherr. Der Besitzmittler ist hingegen selbst unmittelbarer Besitzer und mittelt seinem „Oberbesitzer“ den mittelbaren Besitz.*

²⁰ Palandt/Herrler § 854 Rn. 12.

²¹ Ganz h.M., vgl. BGHZ 86, 340, 343 f.; Palandt/Herrler § 854 Rn. 12.

²² Palandt/Herrler § 854 Rn. 10.

²³ Palandt/Herrler § 854 Rn. 12; a.A. noch BGHZ 86, 300, 307.

1. Erwerb des mittelbaren Besitzes

Der Erwerb des mittelbaren Besitzes gemäß § 868 setzt Folgendes voraus:

32

Aufbauschema: Erwerb des mittelbaren Besitzes nach § 868

- I. Unmittelbarer Besitz des (letzten) Besitzmittlers
- II. Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868
- III. Wirksamer Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler
- IV. Erkennbarer Fremdbesitzerwille des Besitzmittlers

a) Unmittelbarer Besitz des (letzten) Besitzmittlers

Der Besitzmittler muss unmittelbarer Besitzer sein. Gemäß § 871 ist jedoch auch ein gestufter mittelbarer Besitz möglich, sodass jedenfalls der letzte Besitzmittler unmittelbaren Besitz haben muss.²⁴

33

Beispiel: V vermietet seine Wohnung an M, der sie vorübergehend an U untervermietet. U ist unmittelbarer Besitzer und mittelt M den Besitz, der wiederum V den Besitz mittelt.

b) Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868

Es muss zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem mittelbaren Besitzer ein – wirkliches oder vermeintliches – Rechtsverhältnis i.S.d. § 868 bestehen, nach dem der unmittelbare Besitzer zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Neben rechtsgeschäftlich vereinbarten Besitzmittlungsverhältnissen kommen auch gesetzliche Besitzmittlungsverhältnisse in Betracht, wie z.B. die eheliche Lebensgemeinschaft²⁵ oder die elterliche Vermögenssorge.²⁶ Nicht ausreichend ist nach noch h.M. ein sog. abstraktes Besitzmittlungsverhältnis, das nur in der Erklärung besteht, für einen anderen besitzen zu wollen.²⁷ Zunehmend wird das Erfordernis eines konkreten Besitzmittlungsverhältnisses jedoch für entbehrlich gehalten.²⁸

34

Anerkannt ist allerdings mittlerweile, dass eine **Sicherungsabrede** – etwa im Rahmen einer **Sicherungsübereignung**²⁹ – ein hinreichend konkretes Besitzmittlungsverhältnis darstellt, ohne dass die Parteien zusätzlich noch eine Leihe vereinbaren müssen.

c) Wirksamer Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler

Dem mittelbaren Besitzer muss gegen den unmittelbaren Besitzer ein Herausgabeanspruch zustehen. Er ergibt sich in der Regel aus dem Besitzmittlungsverhältnis. Bei dessen Unwirksamkeit genügt aber auch ein sonstiger Herausgabeanspruch (z.B. aus § 985, § 812 oder aus GoA).³⁰

35

²⁴ BeckOK/Fritzsche § 868 Rn. 5.

²⁵ BGH NJW 1992, 1162, 1163.

²⁶ BGH NJW 1989, 2542, 2543.

²⁷ Palandt/Herrler § 868 Rn. 6; Baur/Stürner § 51 Rn. 22; MünchKomm/Oechsler § 930 Rn. 14 ff.

²⁸ BeckOK/Kindl § 930 Rn. 5; Staudinger/Wiegand § 930 Rn. 18; der BGH ZIP 1998, 2160 erwähnt das Merkmal nicht mehr.

²⁹ BGH NJW-RR 2005, 280, 281; Palandt/Herrler § 930 Rn. 9.

³⁰ MünchKomm/Joost § 868 Rn. 16.