

## Fall 2

### Die Lohnerhöhung

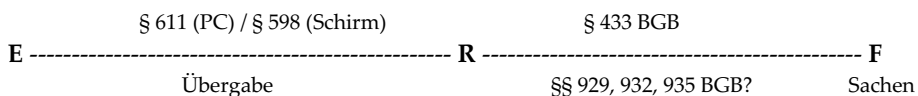
Rechtsstudent R hat einen Ferienjob angenommen und fährt jetzt für den Elektrohändler E im Stadtgebiet dessen Kunden an, um bei E gekaufte Geräte anzuliefern. Als er einen von E übergebenen – für den Käufer K vorgesehenen – PC im Wert von 2.000 Euro bei K wegen dessen Abwesenheit nicht anliefern kann 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 den 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 Flachbildschirm, den E dem R für die dreimonatige Dauer der Anstellung leihweise zur Verfügung gestellt hatte.

Als die Geschichte rauskommt und R unauffindbar ist, verlangt E von F die Herausgabe des Computers und des Bildschirms. **Zu Recht?**

**Schwerpunkte:** Gutgläubiger Erwerb des Eigentums nach den §§ 929, 932 BGB; Ausschluss des gutgläubigen Erwerbes wegen § 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 der E.

Der 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 den R. In dieser Übergabe 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 den 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 dem 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 nix 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** dann nicht eintreten, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen wurde, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen 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 »**Abhandenkommen**« 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 *abhanden gekommen* 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 NJW 1995, 2097; RGZ 101, 224; OLG München NJW-RR 1993, 1466; Palandt/Bassenge § 935 BGB Rz. 3; Bamberger/Roth/Kindl § 935 BGB Rz. 3; Baur/Stürner § 52 Rz. 36).

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 inne hat und für den Eigentümer mit dessen Einverständnis mittel (= Besitzmittler). Merken, wichtig.

Es stellt sich demnach hier in unserem Fall zunächst die Frage, wer der unmittelbare Besitzer der Sache ist: Insofern 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. Und das ist genau die Definition des sogenannten »**Besitzdieners**« aus § 855 BGB (bitte überprüfen).

Gemäß § 855 BGB ist nur »**der andere**« der Besitzer der Sache. Bitte beachte insofern unbedingt, 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 den Händen hält (*Soergel/Stadler* § 855 BGB Rz. 11). 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 unmit-

telbarer 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 nun 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 abhanden gekommen 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 dann *nicht* abhanden gekommen 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 (*Staudinger/Wiegand* § 935 BGB Rz. 14; *Neuner* in JuS 2007, 401; *Schmelzeisen* in AcP 136, 149; *Erman/Michalski* § 935 BGB Rz. 6; *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 hingegen ist in diesen Fällen der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten wegen § 935 Abs. 1 BGB ausgeschlossen; denn die Sache ist dem Eigentümer abhanden gekommen (RGZ 71, 248; OLG Köln VersR 94, 1428; OLG München NJW 1987, 1830; OLG Frankfurt OLGZ 89, 198; *Schreiber* Rz. 174; *Soergel/Henssler* § 935 BGB Rz. 8; *Jauernig/Berger* § 935 BGB Rz. 8; *Bamberger/Roth/Kindl* § 935 BGB Rz. 6; *Prütting* Rz. 76; *Baur/Stürner* § 52 Rz. 39; *Palandt/Bassenge* § 935 BGB Rz. 8; MüKo-Oechsler § 935 BGB Rz. 11).

**Begründung:** Diese Meinung beruft sich zunächst auf 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, geschehe dies eindeutig *gegen* den Willen des unmittelbar besitzenden Eigentümers und die Sache sei damit abhanden gekommen. Im Übrigen schütze das Gesetz in § 932 BGB nicht das Vertrauen auf das Vorliegen eines tatsächlich 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 Besitzdienereigenschaft 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 vormals 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 Rechtstatbestand 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 weiter gibt.

**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 Bildschirms**

#### **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 Bildschirms 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 (*Palandt/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 Bildschirms fraglos vor, R übergibt gegen Zahlung von weiteren 300 Euro dem F auch den Bildschirm. 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 Bildschirm vor.

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

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

**Definition:** Eine Sache ist *abhanden gekommen* 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 (OLG München NJW-RR 1993, 1466; *Palandt/Bassenge* § 935 BGB Rz. 3; *PWW/Prütting* § 935 BGB Rz. 3).

Nach dem, was wir oben gelernt haben, wäre die Sache dann – nach herrschender Meinung – abhanden gekommen im Sinne des § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn R der *Besitzdiener* gemäß § 855 BGB in Bezug auch auf den Bildschirm 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 Bildschirm 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 Bildschirms 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 Bildschirm *freiwillig* herausgegeben, nämlich zur Erfüllung des mit F geschlossenen Kaufvertrages. Und wenn der R den unmittelbaren Besitz freiwillig aufgegeben hat, ist die Sache *nicht* abhanden gekommen, 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* abhanden gekommen 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.

## **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 den 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 ausgeschlossen, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen wurde, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Eine Sache ist abhanden gekommen 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 Besizdienerschaft 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 Besizdiener 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 Besizdiener 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 abhanden gekommen 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 abhanden gekommen 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 abhanden gekommen 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 abhanden gekommen. 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 weiter gibt. 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 Bildschirms**

**Der E könnte gegen F aber einen Anspruch auf Herausgabe des Bildschirms 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 Bildschirms war E. Der E könnte sein Eigentum aber gemäß den §§ 929 ff. BGB verloren haben.

**I.)** Die vorübergehende Übergabe des Bildschirms 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 Bildschirms vor, R übergibt gegen Zahlung von weiteren 300 Euro dem F auch den Bildschirm. 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 Bildschirm vor.

**III.)** Es fragt sich allerdings auch hinsichtlich des Bildschirms, ob der gutgläubige Erwerb an der Vorschrift des § 935 Abs. 1 BGB scheitert. Dann müsste der Bildschirm abhanden gekommen sein. Eine Sache ist abhanden gekommen 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 Bildschirm den unmittelbaren Besitz innehatte.

**1.)** Hinsichtlich des Bildschirms kommt ein Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868 BGB zwischen E und R in Betracht. Den Bildschirm 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 Bildschirms 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 Bildschirm freiwillig herausgegeben, nämlich zur Erfüllung des mit F geschlossenen Kaufvertrages. Gibt R den unmittelbaren Besitz freiwillig auf, ist die Sache nicht abhanden gekommen, 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 abhanden gekommen 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.

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