

§§ 311, 854, 855, 856, 868, 932, 935 BGB

## Probefahrt des Kaufinteressenten: Abhandenkommen? Besitzdiener? – Update zu RÜ 2017, 632; RÜ 2019, 225 u. 281

BGH, Urt. v. 18.09.2020 – V ZR 8/19, BeckRS 2020, 24221

### Fall

Bei K, die ein Autohaus betreibt, erschien Ende August 2017 der X, der sich für ein als Vorführwagen genutztes Kraftfahrzeug, dessen Wert 52.900 € betrug, interessierte und mit diesem eine Probefahrt unternehmen wollte. X legte einen italienischen Personalausweis, eine Meldebestätigung einer deutschen Stadt und einen italienischen Führerschein vor. Die Unterlagen, die sich später als hochwertige Fälschungen herausstellten, wurden durch einen Mitarbeiter der K kopiert. In einem als „Fahrzeug-Benutzungsvertrag“ bezeichneten Formular wurden die Durchführung einer Probefahrt in dem Zeitraum von 11.30 Uhr bis 12.30 Uhr, eine Haftungsreduzierung auf 1.000 € sowie eine vorgebliche Mobilfunknummer des X eingefügt. X wurden für eine unbegleitete Probefahrt ein Fahrzeugschlüssel, das mit einem roten Kennzeichen versehene Fahrzeug, das diesbezügliche Fahrtenbuch und Fahrzeugscheinheft sowie eine Kopie der Zulassungsbescheinigung Teil I ausgehändigt. X kehrte mit dem Fahrzeug nicht mehr zu K zurück. Die Identität des X ist unbekannt. K ist weiterhin im Besitz der Original-Zulassungspapiere und eines Zweitschlüssels.

Im September 2017 wurde B in einem Internetverkaufsportale auf das dort von V als Privatperson angebotene Fahrzeug aufmerksam. Bei dem telefonisch vereinbarten Treffen am Hauptbahnhof legte V die Zulassungsbescheinigungen Teil I und II vor, die auf seine angeblichen Personalien ausgestellt waren und die die Fahrzeugidentifikationsnummer des Fahrzeuges auswiesen. Die Bescheinigungen waren auf Originalvordrucken, die aus einer Zulassungsstelle gestohlen worden waren, angefertigt. B, der die Fälschungen nicht erkannte und nicht erkennen konnte, schloss mit V einen Kaufvertrag über das Fahrzeug. Auf dessen Wunsch hin vermerkte B in dem Vertragsformular anstelle des tatsächlich bar geleisteten Betrages von 46.500 € einen Kaufpreis von nur 43.500 €, weil V angab, dass dies „besser für seine Arbeit“ sei. B wurden nach Zahlung das Fahrzeug, die Zulassungspapiere, ein passender sowie ein weiterer – nicht dem Fahrzeug zuzuordnender – Schlüssel übergeben. Die zuständige Behörde lehnte eine Zulassung ab, da das Fahrzeug als gestohlen gemeldet war. Auch die Identität des V ist unbekannt.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs?

### Lösung

Ein **Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs** der K gegen B kann sich allenfalls aus **§ 985 BGB** ergeben. Zweifelhaft ist aber bereits, ob K ihr ursprünglich bestehendes **Eigentum** noch innehat. Sie könnte es nämlich **verloren** haben, wenn **V das Fahrzeug an B gemäß §§ 929 ff. BGB übereignet** hat.

**I.** V und B haben sich **über den Eigentumsübergang** i.S.d. § 929 S. 1 BGB **geeinigt**.

**II.** Zugleich verlor V auf seine eigene Veranlassung die tatsächliche Gewalt an B, sodass es gemäß §§ 854 Abs. 1, 856 Abs. 1 BGB zu einem Übergang des unmittelbaren Besitzes und mithin i.S.d. § 929 S. 1 BGB zu einer **Übergabe bei gleichzeitigem Einigsein** gekommen ist.

### Leitsätze

1. Die Überlassung eines Kraftfahrzeugs durch den Verkäufer zu einer unbegleiteten und auch nicht anderweitig überwachten Probefahrt eines Kaufinteressenten auf öffentlichen Straßen für eine gewisse Dauer (hier eine Stunde) ist keine Besitzlockerung, sondern führt zu einem freiwilligen Besitzverlust.
2. Ein solcher Kaufinteressent ist auch nicht Besitzdiener des Verkäufers. Selbst bei Weisungsgebundenheit besteht nämlich das (auch im Rahmen des § 935 BGB erforderliche) soziale Abhängigkeitsverhältnis nicht.
3. Wird das Fahrzeug in einem solchen Fall nicht zurückgegeben, liegt daher kein Abhandenkommen i.S.d. § 935 BGB vor.



Ein **RÜ-Video** zu dieser **Entscheidung** finden Sie unter [bit.ly/2tXQGpe](https://bit.ly/2tXQGpe)

Zur **strafrechtlichen Bewertung** dieses Sachverhalts vgl. Ladiges, RÜ 2020, 790.

**Ausführlich** zu den **§§ 929 ff. BGB** AS-Skript Sachenrecht 1 (2020), Rn. 87 ff.

**Vorliegend** sind nur die **Bösgläubigkeit** und das **Abhandenkommen** problematisch. Eine gute Klausur zeichnet sich dadurch aus, dass sie die übrigen Prüfungspunkte knapp (!) darstellt.

Merken Sie sich die „**Plus-Drei-Regel**“: In den Fällen des § 929 S.1 bzw. 2 BGB erfolgt die Überwindung nach § 932 Abs. 1 S. 1 bzw. 2 BGB. Zu § 930 BGB gehört § 933 BGB. Zu § 931 BGB gehört § 934 BGB.

Der Wortlaut des § 932 BGB zeigt, dass zunächst **von der Gutgläubigkeit des Erwerbers ausgegangen** wird. Der Erwerb scheitert nur bei **hinreichenden Umständen**, aus denen sich die **Bösgläubigkeit** ergibt. Prozessual führt das dazu, dass die **Darlegungs- und Beweislast nicht beim Erwerber** (hier: B), sondern bei der Gegenseite (oft: der alte Eigentümer; hier: K) liegt.

Ein vollständiger Obersatz dazu enthält den **Zeitpunkt** (bei Eigentumserwerb, also Übergabe oder Übergabesurrogat), den **Bezugspunkt** („nicht ... gehört“, also das Eigentum) und den **Maßstab** (Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis). Der BGH definiert in Rn. 28 unpräzise, wann **Handeln** grob fahrlässig ist. Vorliegend geht es aber um die Bewertung von (**Un-)**Kenntnis. Daher wurde das nebenstehende Zitat um die entsprechenden Einschübe ergänzt.

Vgl. zur Bösgläubigkeit bei den Konstellationen des **Fahrzeugerwerbs (neu/gebraucht; vom Händler/von privat)** AS-Skript Sachenrecht 1 (2020), Rn. 204. Wichtig ist in Rn. 29 das Wort „**regelmäßig**“: Bei außergewöhnlichen Umständen in atypischen Fällen kann etwas anderes gelten. Jeder Fall ist anders! Ausgangspunkt müssen stets der Wortlaut des § 932 BGB und die allgemeine Definition des Bösgläubigkeit (s. Rn. 28) sein.

III. Indes war V weder Eigentümer noch nach § 185 Abs. 1 BGB oder kraft Gesetzes zur Übereignung ermächtigt und daher **nicht berechtigt**, das Fahrzeug zu übereignen. Vielmehr war K, die das Fahrzeug insbesondere nicht an X übereignet, sondern nur ausgeliehen hatte, weiterhin Eigentümerin.

Eine **Überwindung der fehlenden Berechtigung** des V nach einer der drei Varianten des **§ 185 Abs. 2 S. 1 BGB** ist nicht ersichtlich. Die Berechtigung könnte aber nach **§§ 932, 935 BGB** überwunden worden sein.

1. Der Eigentumsübergang an B sollte durch ein Rechtsgeschäft mit echtem Rechtssubjektswechsel, also durch ein **Verkehrsgeschäft**, erfolgen.

2. Durch die Besitzverschaffung an B durch Übergabe bestand ein nach § 932 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB hinreichender **Rechtsschein**, der V zur Übereignung **legitimierte**.

3. Gleichwohl hat B gemäß § 932 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB das Eigentum nicht erworben, wenn er im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs –also **bei Übergabe – nicht in gutem Glauben** war.

„[28] ... Nach § 932 Abs. 2 BGB ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm **bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört**.“

Unter der hier nur in Betracht kommenden Alternative der groben Fahrlässigkeit wird im allgemeinen ein Handeln [bzw. ein Nichtwissen] verstanden, bei dem die **erforderliche Sorgfalt den gesamten Umständen nach in ungewöhnlich großem Maße verletzt** worden ist und bei dem **dasjenige unbeachtet** [bzw. unerkannt] **geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen** (Senat, [RÜ 2013, 409]).“

Konkret bei dem **Erwerb eines gebrauchten Fahrzeugs** ...

„[29] ... begründet der **Besitz des Fahrzeugs allein nicht** den für den Gutgläubenserwerb nach § 932 BGB erforderlichen **Rechtsschein**.“

Vielmehr gehört es **regelmäßig** zu den **Mindestanforderungen** für einen gutgläubigen Erwerb eines gebrauchten Kraftfahrzeugs, dass sich der Erwerber den **Kraftfahrzeugbrief** (§ 25 Abs. 4 S. 2 StVZO a.F.) bzw. die **Zulassungsbescheinigung Teil II** (§ 12 Abs. 6 FZV) vorlegen lässt, um die Berechtigung des Veräußerers zu prüfen. Auch wenn der Veräußerer im Besitz des Fahrzeugs und des Briefes ist, kann der Erwerber **gleichwohl bösgläubig** sein, **wenn besondere Umstände** seinen Verdacht erregen mussten und er diese unbeachtet lässt. Eine **allgemeine Nachforschungspflicht des Erwerbers besteht hingegen nicht** (vgl. Senat, [RÜ 2013, 409]).“

a) „[30] **Hier hat sich** [B] ... die **Zulassungsbescheinigung Teil II** vorlegen lassen. Dass diese **gefälscht war, konnte [er] ... nicht erkennen**.“

b) Die **besonderen Umstände** des Falles könnten ausnahmsweise eine **weitergehende Nachforschungspflicht** des B begründet haben.

„[30] ... **Zwar gebietet der Straßenverkauf im Gebrauchtwagenhandel besondere Vorsicht, weil er erfahrungsgemäß das Risiko der Entdeckung eines gestohlenen Fahrzeugs mindert**. Ein Straßenverkauf führt **aber** als solcher noch nicht zu weitergehenden Nachforschungspflichten, wenn er **sich für den Erwerber als nicht weiter auffällig darstellt** (Senat, [RÜ 2013, 409]).“

Es wäre übertrieben, den **Hauptbahnhof** als Ort des Treffens von V und B aufgrund seiner Anonymität und der dort häufig gesteigerten Kriminalität als argwohnerregend einzustufen. Bei einem Fahrzeugkauf reist oft eine der Parteien mit öffentlichen Verkehrsmitteln an bzw. ab, sodass der Hauptbahnhof sich schlicht als zweckmäßig darstellt. Der generellen Anonymität an diesem Ort kann mit Vorlage der entsprechenden Ausweispapiere abgeholfen werden.

Der tatsächlich vereinbarte **Preis** (46.500 €) lag zwar unter dem Wert (52.900 €), aber in einem beim Gebrauchtwagenkauf üblichen und daher nicht auffälligen Maße. Die Festschreibung von lediglich 43.500 € als Kaufpreis in der Vertragsurkunde mag den Gedankenanstoß für verschiedene rechtswidrige oder gar strafbare Handlungen des V hinsichtlich seines weiteren Umgangs mit dem Kaufpreis bieten. Zweifel an seinem (vermeintlichen) Eigentum an dem Fahrzeug begründet dies hingegen nicht.

Mithin war keine weitergehende Nachforschungspflicht des B begründet. Es bestehen keine Anhaltspunkte für eine Bösgläubigkeit des B, sodass er gutgläubig war. § 932 BGB schließt den Eigentumserwerb des B nicht aus.

4. Nichtsdestotrotz tritt nach ...

„[9] ... **§ 935 Abs. 1 S. 1 BGB** ... ein gutgläubiger Erwerb auf Grund der §§ 932 bis 934 BGB nicht ein, wenn die Sache **dem Eigentümer gestohlen** worden, verlorengegangen oder sonst **abhandengekommen** war. Der unfreiwillige Besitzverlust **entwertet nämlich den unmittelbaren Besitz und die an ihn anknüpfende Eigentumsvermutung** (§ 1006 BGB) als Grundlage des gutgläubigen Erwerbs (Senat, [RÜ 2014, 225]). Eine bewegliche Sache kommt ihrem Eigentümer abhanden, wenn dieser den **Besitz an ihr unfreiwillig verliert** (vgl. Senat, [RÜ 2014, 225]).“

a) Unterstellt, X hatte bereits bei Entleihung des Fahrzeugs von K geplant, ihr dieses nicht wieder zurückzugeben, so hätte X die K **über seine Rückgabebereitschaft getäuscht**. Aufgrund dieser Täuschung unterlag K dann einem Irrtum, welcher sie zur Herausgabe des Fahrzeugs an X veranlasst. Die **Bildung eines Willens aufgrund falscher Vorstellungen und Motive** ändert aber nichts an der Freiwilligkeit dieser Willensbildung. Ein Anfechtungsrecht, das K möglicherweise gegenüber X nach § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB hat, steht dem nicht entgegen. Es erfasst nur die Willenserklärungen der K, während die Besitzaufgabe ein Realakt ist.

„[9] ... **Eine Besitzaufgabe ist** [mithin] **nicht unfreiwillig, wenn sie durch Täuschung bestimmt worden ist** (vgl. ... Palandt/Herrler, BGB, 79. Aufl., § 935 Rn. 5).“

b) Zweifelhaft ist allerdings, ob K ihren **Besitz bereits mit (freiwilliger) Aus-händigung** des Fahrzeugs an X **aufgegeben** hat. Wäre hierin hingegen eine **bloße Besitzlockerung** zu sehen, dann wäre erst in dem späteren Untertauchen des X der (dann unfreiwillige) Besitzverlust der K zu sehen.

aa) Nach §§ 854 Abs. 1, 856 Abs. 1 BGB **deckt sich der unmittelbare Besitz grundsätzlich mit der tatsächlichen Gewalt** über eine Sache. Nach § 856 Abs. 2 BGB sind dabei **vorübergehende Gewahrsamslockerungen unbeachtlich**. Entscheidend für den Besitzverlust der K ist hiernach, ob sie bei Überlassung des Fahrzeugs an X einen nicht nur vorübergehenden Gewahrsamsverlust erlitten hat.

„[11] ... In wessen tatsächlicher Herrschaftsgewalt sich die Sache befindet, hängt maßgeblich von der **Verkehrsanschauung** ab, also von der **zusammenfassenden Wertung aller Umstände des jeweiligen Falles** entsprechend den **Anschauungen des täglichen Lebens** (vgl. Senat, [RÜ 2017, 632]).“

[12] Für die Besitzverhältnisse ... kommt es **in der Regel** darauf an, wer die **tatsächliche Sachherrschaft über die Fahrzeugschlüssel** ausübt. Die Übergabe eines Schlüssels bewirkt allerdings nur dann einen Besitzübergang, wenn der **Übergeber die tatsächliche Gewalt an der Sache willentlich und erkennbar aufgegeben und der Empfänger des Schlüssels sie in gleicher Weise erlangt hat** (vgl. Senat, [RÜ 2017, 632]). Hieran **fehlt es** etwa, wenn der Schlüssel **zwecks bloßer Besichtigung** des Fahrzeugs übergeben wird.

Beim Kauf von privat wird häufig das **Gewährleistungsrecht ausgeschlossen**. I.d.R. schlägt sich dies in einem geringeren Preis nieder, weil der Käufer für den „vollen Preis“ auch beim Händler mit Gewährleistung (vgl. § 476 BGB) kaufen könnte. Vorliegend teilt der BGH dazu im Tatbestand seines Urteils nichts mit. In einer Klausuraufgabe könnte natürlich ein Gewährleistungsausschluss ergänzt werden.

Nach **§ 117 BGB** haben V und B formlos einen wirksamen Kaufvertrag zu 46.500 € abgeschlossen. Wäre dieser Vertrag allerdings formbedürftig (z.B. nach § 311 b Abs. 1 BGB bei einem Grundstücksgeschäft), so wäre er nach **§§ 117 Abs. 2, 125 S. 1 BGB formnichtig**. Näher zu dieser sog. **Unterverbriefung** AS-Skript BGB AT 1 (2020), Rn. 75 f.

Eine Besitzaufgabe aufgrund **Drohung** ist nach h.Lit stets unfreiwillig. Nach BGH NJW 1953, 1506, 1507 ist sie hingegen lediglich bei unwiderstehlicher Gewalt (vis absoluta) unfreiwillig und bei nur willensbrechender Gewalt (vis compulsiva) freiwillig. Vgl. AS-Skript Sachenrecht 1 (2020), Rn. 218 m.w.N.

**Vom Gesetz zum Problem:** Beginnen Sie Ihre Ausführungen **auf Basis des Wortlauts der §§ 854, 856 BGB**, bevor Sie die vom BGH in Rn. 11 ff. aufgegriffene Thematik ansprechen.

Für „**in der Regel**“ (Rn. 12) gilt das oben zu „regelmäßig“ ausgeführte entsprechend: Die Ausführungen in Rn. 12 u. 13 betreffen (nur) den typischen Fall. Den konkreten Fall betrachtet der BGH – freilich ohne dass sich das Ergebnis ändert – in Rn. 14.

[13] Wird der Schlüssel für eine **kurze Probefahrt** ausgehändigt, kann dies gegen eine Übertragung des unmittelbaren Besitzes und für eine **bloße Besitzlockerung** sprechen, weil nur die auf eine **gewisse Dauer** angelegte Sachherrschaft als Besitz angesehen wird (vgl. Senat, [RÜ 2017, 632]; generell für eine Besitzlockerung bei einer Probefahrt: ... Staudinger/Gutzeit, BGB [2018], § 854 Rn. 44).

Für eine **unbegleitete** und **auch nicht** durch technische Vorrichtungen, die einer Begleitung vergleichbar sind, **gesicherte Probefahrt von einer Stunde** kann das **indessen nicht** gelten. Denn in diesem Fall bleibt der Verkäufer **weder in einer engen räumlichen Beziehung** zu dem Fahrzeug noch ist die **Sachherrschaft des Probefahrers** so flüchtig, dass ihm die Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache nach der Verkehrsanschauung abzusprechen wäre. Vielmehr kann dieser während der Probefahrt **beliebig auf das Fahrzeug einwirken**, während dem Verkäufer schon wegen der **Distanz**, die in einer Stunde zurückgelegt werden kann, jede Kontrolle über das Fahrzeug fehlt.“

Die **konkreten Umstände des Einzelfalls** könnten eine andere Einordnung der Aushändigung des Fahrzeugs an X gebieten.

„[14] ... Zwar ist richtig, dass **Fahrzeuge mit roten Kennzeichen** [wie das vorliegende] zu Prüfungs-, Probe- oder Überführungsfahrten in Betrieb gesetzt werden. Auch können solche Kennzeichen nach § 16 Abs. 2 und 3 FZV **nur bestimmte Berechtigte und nur zu bestimmten Zwecken**, insbesondere für Probe- und Überführungsfahrten, verwenden. Gleichwohl kann allein aus deren Verwendung nicht darauf geschlossen werden, dass der jeweilige Fahrzeugführer nicht die unmittelbare Sachherrschaft über das Fahrzeug innehat, sondern entweder nur eine Besitzlockerung oder eine Besitzdienerschaft vorliegt. Gerade bei einer **Überführungsfahrt** wird **häufig eine größere Entfernung** überbrückt, wobei durchaus naheliegt, dass mit der Überführung **auch externe Personen beauftragt** werden, denen der unmittelbare Besitz eingeräumt worden ist.

... [Für] die erstellten **Kopien der Ausweisdokumente** des vermeintlichen Kaufinteressenten und die von ihm **hinterlegte Mobilfunknummer** [gilt Entsprechendes].

Eine **faktische Zugriffsmöglichkeit** [der K] auf das Fahrzeug während der Probefahrt [des X] ergibt sich aus diesen Umständen [mithin] nicht.“

Also hat K mit Fahrzeugüberlassung an X die tatsächliche Gewalt und nach § 856 Abs. 1 BGB grundsätzlich zugleich den unmittelbaren Besitz verloren. Die Überlassung geschah freiwillig, sodass kein Abhandenkommen vorläge.

**bb) Ausnahmsweise** ist K aber **trotz Verlustes der tatsächlichen Gewalt unmittelbare Besitzerin** geblieben, wenn X ihr **Besitzdiener i.S.d. § 855 BGB (analog)** ist.

„[16] ... [Ein] **unfreiwilliger Besitzverlust** ... [kann nämlich] auch durch das **eigenmächtige Handeln eines Besitzdieners** eintreten ... (vgl. Senat, [RÜ 2014, 225]).

[22] **Besitzdiener** ist nach § 855 BGB, wer die **tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen** in dessen **Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis** ausübt, vermöge dessen er den sich **auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat.**“

(1) Die Norm könnte bereits **in direkter Anwendung** erfüllt sein.

„[18] **Eine Ansicht verneint** dies, weil es an dem nach § 855 BGB vorausgesetzten **sozialen Abhängigkeitsverhältnis** zwischen dem potentiellen Käufer und dem Verkäufer **fehle**. Dieser habe – jedenfalls wenn die Probefahrt **ohne seine Begleitung** durchgeführt werde – **keine Möglichkeit**, auf das Fahrzeug bzw. den Kaufinteressenten **einzuwirken** (vgl. ... MüKoBGB/Oechsler, 8. Aufl., § 935 Rn. 11).

In den Fällen der §§ 854 Abs. 2, 855, 857, 868 BGB sind **tatsächliche Sachherrschaft und Besitz nicht deckungsgleich**.

Der **Gewahrsam des Besitzdieners** wird also nach § 855 BGB dem Besitzherrn **zugerechnet**. Nur der Besitzherr ist Besitzer. **Freiwilliges Handeln des Besitzdieners** wird dem Besitzherrn hingegen **nicht zugerechnet**. Schwingt also der Besitzdiener sich selbst zum Eigenbesitzer (§ 872 BGB) auf oder gibt er einem Dritten die Sache, so verliert der Besitzherr seinen Besitz unfreiwillig.



[19] **Andere Stimmen differenzieren** nach den **Umständen** des Einzelfalls und nehmen insbesondere bei einer nur **kurzzeitigen Probefahrt (20 Minuten) mit roten Kennzeichen und ohne Übergabe von Fahrzeugpapieren** eine **Besitzdienerschaft** an (so KG, BeckRS 2018, 28236 Rn. 3 ff. ...).

[20] **Wiederum andere** nehmen **generell eine Besitzdienerschaft** an (... MüKo BGB/Schäfer, 8. Aufl., § 855 Rn. 14; Palandt/Herrler, BGB, 79. Aufl., § 855 Rn. 7). **Verwiesen wird dabei darauf, dass § 855 BGB nicht notwendig das Vorliegen eines Abhängigkeits- oder sozialen Über-/Unterordnungsverhältnisses voraussetze, sondern lediglich eine Beziehung, welche den Besitzherrn zur jederzeitigen Weisung bzw. zum Eingreifen, etwa zum Abbruch der Fahrt berechtige** (OLG Köln, MDR 2006, 90).“

Richtig ist die **erstgenannte Ansicht**, die den Wortlaut nicht als erfüllt ansieht:

„[22] ... **Besitzdiener** ist nicht jeder, der Weisungen des Eigentümers der Sache zu befolgen hat, sondern **nur derjenige, demgegenüber der Eigentümer die Einhaltung seiner Weisungen im Nichtbefolgungsfall auf Grund eines Direktionsrechts oder vergleichbarer Befugnisse unmittelbar selbst durchsetzen kann** (vgl. Senat, [RÜ 2017, 632; RÜ 2014, 225]). Dies geht nicht nur in eindeutiger Weise aus dem **Wortlaut** der Vorschrift hervor, sondern auch aus der **Gesetzgebungsgeschichte**. Die von dem Gesetz genannten Fälle – Ausübung der unmittelbaren Gewalt über die Sache im Haushalt des Besitzherrn oder in dessen Erwerbsgeschäft – machen deutlich, dass das **Weisungsrecht seine Grundlage in einem Rechtsverhältnis** finden und diesem Rechtsverhältnis **das Gepräge geben** muss.

Die sich aus dem Gesetz ergebenden Erfordernisse der **Fremdnützigkeit und der Weisungsgebundenheit** stehen dabei in einer inneren Abhängigkeit und stellen die **Abgrenzungskriterien zu einem Besitzmittlungsverhältnis** [i.S.d. § 868 BGB] dar. Dies kommt auch in den Protokollen zur zweiten Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Ausdruck, in denen ausgeführt ist, dass es immer eines besonderen rechtlichen Umstandes bedürfe, kraft dessen der Besitz des Einen auf einen Anderen bezogen werde ... An einem solchen sozialen Abhängigkeitsverhältnis fehlt es zwischen einem Kaufinteressenten und dem Verkäufer (vgl. Senat, [RÜ 2017, 632] zu einer Probefahrt des Bestellers einer Fahrzeugreparatur).“

(2) § 855 BGB könnte aber **analog** anzuwenden sein. Dazu bedarf es einer **planwidrigen Regelungslücke** und einer **vergleichbaren Interessenlage**.

(a) **Manche** bejahen dies **wie auch bei Gefälligkeitsverhältnissen**. Es liege ...

„[20] ... eine **strukturell vergleichbare Situation** vor ... (so noch Erman/Lorenz, BGB, 15. Aufl., § 855 Rn. 13; zur ... Analogie bei Gefälligkeitsverhältnissen ... Staudinger/Gutzeit, BGB [2018], § 855 Rn. 30; ...). Mit der Gebrauchsüberlassung erhalte der Probefahrer **keine eigenen Entscheidungsbefugnisse** hinsichtlich des Besitzes. Ein [unter § 868 BGB fallender und § 855 BGB ausschließender] **Leihvertrag** werde **regelmäßig nicht geschlossen** und ein Besitzrecht zugunsten des Interessenten nicht begründet, weil die **kurzfristige Überlassung** des Fahrzeugs **lediglich der Kaufanbahnung diene** (OLG Köln, MDR 2006, 90 f.).“

(b) **Überzeugend** ist dies aber **nicht**.

(aa) „[24] [Zweifelhaft ist bereits], ob § 855 BGB, der in seinem Tatbestand mit dem ‚ähnlichen Verhältnis‘ bereits eine Erweiterung gegenüber den anderen beiden genannten Fällen enthält, **überhaupt analogiefähig** ist. Die Vorschrift **begründet eine Ausnahme** von dem Grundsatz, dass derjenige, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, als deren unmittelbarer Besitzer anzusehen ist ... Als Ausnahmevorschrift erfordert sie **grundsätzlich ein enges Verständnis**.“

(bb) Jedenfalls aber ist die **Interessenlage** allenfalls **vergleichbar**, wenn ...

Die Streitfrage hat der BGH RÜ 2017, 632, 637 (Rn. 11, Schlussbemerkung) offengelassen. In jenem Fall ging es auch um die **(begleitete) Probefahrt eines Fahrzeugs**, aber nicht zwecks Kaufs, sondern **zwecks Abnahme von Reparaturarbeiten einer Werkstatt**. Der BGH RÜ 2017, 632, 634 (Rn. 15 f.) führte zur Entscheidung an, zum Kaufinteressenten bestünde vor der Probefahrt keinerlei besitzrechtliches Verhältnis und das Fahrzeug werde ihm freiwillig ausgehändigt. Bei der Reparaturabnahme unterliege der Besteller nicht den Weisungen des Werkunternehmers, sondern im Gegenteil unterstünde der Werkunternehmer als Besitzmittler (§ 868 BGB) dem Besteller; da der Besteller danach mittelbarer Besitzer sei, könne er nicht zugleich Besitzdiener sein.

In einer **Klausur** können Sie die **Gesetzgebungsgeschichte** nicht recherchieren, sodass die historische Auslegung in der Hintergrund tritt. Konzentrieren Sie sich auf Wortlaut, Systematik und Telos (dessen Übergang zur Historie fließend ist). Wenn Sie die Historie allerdings kennen, dann schadet es natürlich auch nicht, mit ihr zu argumentieren. Vgl. AS-Basiswissen Methodik der Fallbearbeitung (2020), S. 58 f.

Der BGH führt in Rn. 22 ergänzend aus, dass die **rechtliche Wirksamkeit** des Rechtsverhältnisses i.S.d. § 855 BGB **irrelevant** sei. Entscheidend sei, ob die **Parteien es als gültig ansehen**. Das gilt übrigens gleichsam für § 868 BGB.

Der BGH diskutiert die direkte und analoge Anwendung in seinem Urteil „en bloc“. Im vorliegenden Gutachten werden die beiden Fragen getrennt, um deutlich zu machen, dass eine **Analogie nur unten engen Voraussetzungen** möglich ist. Als Eingriff in die Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs. 3 GG – der Rechtsanwender betreibt Rechtsetzung – bedarf sie einer Rechtfertigung in Form einer **planwidrigen Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage**.

Über die Widerklage des B gegen K hat der BGH (Rn. 31–34) bzw. die Vorinstanz (Rn. 4) wie folgt entschieden:

- Als Eigentümer des Fahrzeugs ist B **analog § 952 BGB** auch Eigentümer der **Fahrzeugpapiere** geworden. Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier. B kann von K daher nach § 985 BGB Herausgabe verlangen.
- Der bei K befindliche **Zweitschlüssel** ist kein wesentlicher Bestandteil des Fahrzeugs (§ 93 BGB), sondern nur **Zubehör** (§ 97 BGB) und daher **sonderrechtsfähig**. Er ist nicht ipso iure in das Eigentum des B übergegangen, daher muss K ihn nicht herausgeben.
- Eine Klage auf **Feststellung des Eigentums** des B ist bereits unzulässig, weil der Klageantrag der K auf Herausgabe nach § 985 BGB den Inhalt des Feststellungsantrags voll umfasst und sogar weiter geht.

Wegen § 935 Abs. 1 S. 2 BGB lässt sich verdichtet sagen: **Abhandenkommen ist unfreiwilliger Besitzverlust des unmittelbaren Besitzers.**

„[24] ... sich eine Person **aus Gefälligkeit** – mithin **nicht aufgrund eines Rechtsverhältnisses** (vgl. BGH, RÜ 2010, 616) – den **Weisungen des Besitzers unterwirft.**“

Es müsste also zwischen K und X ein **Gefälligkeitsverhältnis** bestehen.

(cc) „[25] ... **Zwar** wird die Annahme eines **rechtlich selbstständigen Nutzungsvertrages** über das Fahrzeug, das für die Probefahrt zur Verfügung gestellt wird, dem Willen der Beteiligten regelmäßig nicht gerecht. Ein **bindendes Vertragsverhältnis mit Leistungspflichten** wird in aller Regel nicht gewollt sein.

[26] Daraus kann **aber** nicht der Schluss gezogen werden, dass insoweit überhaupt kein Schuldverhältnis begründet wird. Vielmehr wird dem Kaufinteressenten das Fahrzeug im Rahmen der **Vertragsanbahnung** anvertraut (vgl. **§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB**). Es liegt somit ein **gesetzliches Schuldverhältnis** vor, aus dem sich **nach § 241 Abs. 2 BGB ... Rechte und Pflichten** ergeben.

Dieses gesetzliche Schuldverhältnis **begründet kein Direktionsrecht** des Verkäufers gegenüber dem Kaufinteressenten. Dass Letzterer ... **Weisungen bzw. Vorgaben** zum Umgang mit der Sache unterworfen ist, ändert hieran nichts. Denn sie entspringen – nicht anders als bei einem Mieter, Entleiher oder Verwahrer – **einem allein auf die Sache bezogenen Rechtsverhältnis, welches zugleich ein – von der Besitzdienerschaft abzugrenzendes – Besitzmittlungsverhältnis (§ 868 BGB) begründet.** Das Vertragsanbahnungsverhältnis stellt sich, wenn dem Kaufinteressenten die Sache zur Ansicht oder Probe außerhalb der Sphäre des Verkäufers anvertraut wurde, als ein dem in § 868 BGB angeführten Beispielen **der Miete und Verwahrung ähnliches Verhältnis** dar. **Demgegenüber** folgt die **Weisungsunterworfenheit eines Besitzdieners** aus einem **über den rechtlichen Bezug zur Sache hinausgehenden Verhältnis** zum Besitzherrn.

[26] ... Anders als für ein Gefälligkeitsverhältnis typisch, ist die **Probefahrt** eines Kaufinteressenten auch **nicht für einen der Beteiligten in erster Linie fremdnützig**. Sowohl der Probefahrer als auch der Verkäufer verfolgen allein eigene Interessen; der Probefahrer will das Fahrzeug im Straßenverkehr auf dessen **Fahreigenschaften und Funktionalität prüfen**; der Verkäufer möchte mit dem Fahrer über kurz oder lang einen Vertrag abschließen.“

Somit bestand zwischen K und X kein bloßes Gefälligkeitsverhältnis. Mithin ist § 855 BGB auch nicht analog heranzuziehen. X war nicht Besitzdiener der K, sodass K bereits bei Überlassung des Fahrzeugs an X ihren unmittelbaren Besitz verlor, und zwar freiwillig. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ist nicht erfüllt.

c) X war (wie ausgeführt) zugleich **Besitzmittler** (§ 868 BGB). Es ist nicht ersichtlich, dass X in dieser Eigenschaft unfreiwillig seinen unmittelbaren Besitz verloren hat, sodass auch **§ 935 Abs. 1 S. 2 BGB** nicht eingreift.

Somit hat B das Eigentum von V erworben. Bereits mangels Eigentums hat K gegen B daher keinen Anspruch aus § 985 BGB auf Herausgabe des Fahrzeugs.

Das **Zusammenspiel tatsächliche Sachherrschaft/Besitzformen/Abhandenkommen** ist eine perfekte **Blaupause für eine Examensklausur**. Das vorliegende Urteil ergänzt und vertieft eine **Reihe von vorherigen Urteilen** zu der Thematik: BGH RÜ 2014, 225 (Kein Abhandenkommen bei eigentumslosem Mitbesitz); BGH RÜ 2017, 632 (begleitete Probefahrt zwecks Abnahme einer Reparatur); BGH RÜ 2019, 225, ergänzend dargestellt in RÜ 2019, 73 (Guter Glaube beim Fahrzeugkauf); BGH RÜ 2019, 281 (Guter Glaube beim Uhrenkauf und Besitzdienerschaft des Kaufinteressenten).

**RA Dr. Jan Stefan Lüdde**