

Aufsatz ZR

Daniel Rodi*

Die vertragliche Haftung des lediglich zum Fremdbesitz befugten Eigenbesitzers – Zur Reichweite der Sperrwirkung des EBV

<https://doi.org/10.1515/jura-2018-0072>

Der Beitrag befasst sich mit der kaum je näher behandelten Frage der vertraglichen Haftung eines lediglich zum Fremdbesitz befugten Eigenbesitzers unter dem Blickwinkel der durch § 993 I Hs. 2 BGB angeordneten Sperrwirkung des EBV. Da die Thematik erhebliche Berührungspunkte mit diversen Standardproblemen des EBV aufweist, eignet sie sich trotz ihrer gewissen »Exotik« sowohl zur Vertiefung als auch zur Wiederholung dieses prüfungsträchtigen Rechtsgebiets. Zu nennen sind insofern etwa der »nicht-so«, der »nicht-mehr« und der »noch« berechtigte Besitzer, der Fremdbesitzerexzess, das »Aufschwingen« des Fremdbesitzers zum Eigenbesitzer sowie die entsprechende Anwendbarkeit des EBV bei berechtigtem Besitz. Daneben wird der Frage nachgegangen, wie es sich mit dem Vertretenmüssen verhält, wenn das Bestehen der verletzten Pflicht verkannt wurde.

I. Einleitung

Kommen in einer Fallprüfung mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht, sind diese nach allgemeiner Ansicht in folgender Reihenfolge zu prüfen:¹

1. Vertragliche Ansprüche
2. Vertragsähnliche bzw. »quasi-vertragliche« Ansprüche²
3. Dingliche Ansprüche
4. Delikts- und bereicherungsrechtliche Ansprüche³

¹ Vgl. nur Brox/Walker Allgemeiner Teil des BGB, 41. Aufl. 2017, 366 ff.

² Worunter insbesondere Ansprüche aus c.i.c und GoA zu verstehen sind.

³ Zwischen diesen beiden Arten von Ansprüchen besteht grundsätzlich kein Abhängigkeitsverhältnis, sodass die Reihenfolge frei gewählt werden kann. Eine Ausnahme hiervon stellt die seitens des BGH im Flugreisefall (BGHZ 55, 128) entwickelte Auffassung dar, dass es

*Kontaktperson: Daniel Rodi, der Verfasser ist Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht von Prof. Dr. Andreas Piekenbrock an der Universität Heidelberg.

Dieses Schema beruht nicht auf bloßer Tradition, sondern hat seinen guten Sinn, da es die zwischen den verschiedenen Regelungsmaterien bestehenden Interdependenzen abbildet. So scheidet ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (etwa §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB) notwendigerweise aus, wenn tatsächlich ein Auftrag oder ein sonstiger Vertrag vorlagen.⁴ Zur Vermeidung einer Inzidentprüfung bietet es sich daher an, zunächst eventuelle vertragliche Ansprüche zu prüfen und das (Nicht-)Vorliegen eines Vertrages in diesem Rahmen festzustellen.⁵ Das Bestehen eines Vertrages hat zudem präjudizielle Bedeutung für Ansprüche aus EBV sowie aus Delikts- und Bereicherungsrecht, da der Vertrag ein Recht zum Besitz, einen Rechtfertigungsgrund sowie einen Rechtsgrund darstellen kann.⁶ Vergleichbares gilt ferner für das Verhältnis dinglicher Rechte zum Delikts- und Bereicherungsrecht, weshalb Erstgenannte vorrangig zu prüfen sind.⁷ Besonders herauszustellen ist hierbei die in § 993 I Hs. 2 BGB angeordnete Sperrwirkung des EBV, da diese eine erhebliche Prüfungsrelevanz aufweist, aber nur zu gerne übersehen wird. Zudem ranken sich diverse Probleme um die Reichweite der Sperrwirkung.⁸ Diesbezüglich geht es allerdings regelmäßig um die Frage, ob das EBV ausnahmsweise keine Sperrwirkung gegenüber

für die Bösgläubigkeit des Minderjährigen nach § 819 I BGB auch im Rahmen der Leistungskondition ausnahmsweise auf dessen Kenntnis (und nicht diejenige seines gesetzlichen Vertreters) ankomme, wenn der Minderjährige die Leistung aufgrund einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung erlangt habe.

⁴ MünchKomm-BGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 677 Rn. 68.

⁵ Sofern das Bestehen eines Vertrages fernliegend ist, genügt es auch, dies im Rahmen der Prüfung der GoA kurz festzustellen.

⁶ Ob ein Recht zum Besitz die Anwendbarkeit des EBV zwingend ausschließt, wird freilich noch näher zu behandeln sein.

⁷ Das Bestehen eines dinglichen Recht kann einerseits bereits darüber entscheiden, ob überhaupt ein Eingriff in eine fremde Rechtsphäre vorliegt, andererseits kann es aber auch als Rechtsgrund für eine erbrachte Leistung fungieren (etwa bei der Reallast, § 1105 BGB).

⁸ Vgl. die Übersicht bei Staudinger/Gursky, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 39 ff.

einer prüfungstechnisch nachgelagerten Materie – also dem Delikts- und Bereicherungsrecht – aufweist.

Selten behandelt wird demgegenüber die umgekehrte Fragestellung, ob sich die Sperrwirkung des EBV möglicherweise auch auf prüfungstechnisch vorgelagerte Materialien bezieht. Zu nennen wäre insofern die Schadensersatzhaftung nach § 280 I BGB, die neben einem Vertrag insbesondere auch auf einem vorvertraglichen Schuldverhältnis nach § 311 II BGB beruhen kann, sowie die Ansprüche aus (echter) GoA.⁹ Soweit die Sperrwirkung des EBV auch diese Ansprüche beträfe, ergäben sich unangenehme Aufbaufragen, da die dinglichen Ansprüche nach herkömmlichem Prüfungsschema (s. o.) erst anschließend zu erörtern wären, aber doch bereits Vorwirkungen zeitigten.¹⁰ Als Ausweg aus dem Dilemma käme entweder eine potentiell sehr kopflastige Inzidentprüfung oder aber eine Anpassung der Prüfungsreihenfolge in Betracht. Zu Letzterem kann guten Gewissens aber nicht geraten werden. Zum einen hängt die Anwendbarkeit des EBV möglicherweise ihrerseits vom Nichtvorliegen eines Vertrages und mithin eines Rechts zum Besitz ab. Zum anderen handelt es sich bei der dargestellten Prüfungsreihenfolge um derartiges Allgemeingut, dass selbst bei einer sachlich gerechtfertigten Abweichung die nicht unerhebliche Gefahr einer wenig wohlwollenden Aufnahme durch den Prüfer besteht.¹¹ Daneben besteht noch eine gewissermaßen vermittelnde Vorgehensweise, auf die am Ende des Beitrages noch näher einzugehen sein wird (unter V.).

Der Aufbaufrage vorgelagert ist aber natürlich die gedankliche Lösung des Sachproblems. Wenn sich die Sperrwirkung des EBV nicht auf frühere Stufen der Prüfungsreihenfolge bezieht, ist der herkömmliche Aufbau grundsätzlich beizubehalten. Der vorliegende Beitrag kann freilich nicht die – zudem nicht homogene – Gesamthematik oder auch nur jegliche Konstellationen vertraglicher Schadensersatzansprüche abschließend erörtern, sondern hat sich auf einen Ausschnitt zu beschränken. Als besonders ertragreich erscheint insofern die kaum je behandelte Konstellation des lediglich zum Fremdbesitz befugten Eigenbesitzers, auf die daher der Fokus zu legen ist.¹²

⁹ Siehe zur GoA Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 70.

¹⁰ Auch wenn die Ansprüche aus dem EBV nicht dinglicher, sondern schuldrechtlicher Natur sind, sind sie als Nebenfolgen der Vindikation (§ 985 BGB) gemeinsam mit dieser zu prüfen.

¹¹ Zudem wird auch die Zulässigkeit einer Begründung des gewählten Aufbaus kontrovers beurteilt.

¹² Ebenfalls nahezu nicht behandelt wird das Verhältnis des § 993 I Hs. 2 BGB zur c.i.c. (§§ 280 I, 241 II, 311 II BGB). Während *Wieling* Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, 177 ohne nähere Befassung oder explizite Erwähnung der c.i.c. davon ausgeht, dass § 993 I Hs. 2 BGB auch den

II. Die Grundkonstellation

Zur Veranschaulichung seien zwei Beispielfälle gebildet:¹³

Beispiel 1: Eigentümer V verleiht an L ein Buch. Aufgrund der anhaltenden Begeisterung des L schenkt V diesem das Buch schließlich sogar. Zu jenem Zeitpunkt war die Demenz des V aber bereits so weit fortgeschritten, dass er geschäftsunfähig war. L war sich hierüber nicht im Klaren, hätte es aber erkennen können. Einige Zeit später verschüttet L aus Unachtsamkeit seinen Wein auf das nunmehr ruinierte Buch. Kann V von L Ersatz des Schadens verlangen?

Beispiel 2: Eigentümer V verleiht ein Buch an E. Dieser verstirbt und sein Erbe L findet das Buch in E's Bibliothek. Da er für solchen »Schund« nichts übrighat, verbrennt L, der sich als Eigentümer wähnt, das Buch ohne es sich näher anzuschauen. Kann V von L Ersatz des Schadens verlangen?

Beiden Fällen ist gemein, dass sich der die Sache beschädigende Besitzer unzutreffenderweise für den Eigentümer hält und daher Eigenbesitzer ist (§ 872 BGB).¹⁴

In Beispiel 1 scheidet die mit der Schenkung einhergehende Übereignung an der Geschäftsunfähigkeit des V (§ 105 I BGB).

In Beispiel 2 fehlt es bereits an einem Verfügungstatbestand und auch ein originärer Eigentumserwerb durch Ersitzung (§ 937 I BGB) scheidet mangels Ablaufs der zehnjährigen Ersitzungsfrist aus.

Bei objektiver Betrachtung steht L der Besitz allerdings jeweils lediglich aufgrund eines Gebrauchsüberlassungsvertrages, konkret der Leihe (§ 598 BGB), zu.¹⁵

Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB verdränge, erwähnt *Habersack* Examens-Repetitorium Sachenrecht, 8. Aufl. 2016, 52 Rn. 118 die c.i.c. en passant als eine neben dem Fremdbesitzerezzess potentiell einschlägige Anspruchsgrundlage und BGH BB 1953, 956 bejaht einen Anspruch aus c.i.c. ohne das an sich bestehende EBV überhaupt zu erwähnen.

¹³ Eine interessante und wohl auch verbreitete Fallkonstellation dürfte ferner darin bestehen, dass eine Pfandflasche im Glauben an die eigene Eigentümerstellung mutwillig beschädigt wird. Hiermit sind jedoch diverse spezifische Fragen zu den rechtlichen Rahmenmodalitäten von »Pfandflaschen« verbunden (was schon damit beginnt, dass zwischen Individual- und Einheitsflaschen zu differenzieren ist), wodurch der vorliegende Rahmen gesprengt würde. Diesbezüglich sei daher lediglich auf *Hartmann/Henn JURA* 2008, 691 verwiesen.

¹⁴ Entscheidend ist insofern ausschließlich die subjektive Einstellung, nicht die objektive Rechtslage, *Baur/Stürmer* Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, 89 Rn. 89.

¹⁵ Diesbezüglich spricht man vom »Fremdbesitzer«, weil die Sache für einen Dritten besessen wird, *Baur/Stürmer* Sachenrecht, 18. Aufl.

In Beispiel 1 wäre insofern zu erwägen, ob der – vom nachträglichen Eintritt der Geschäftsunfähigkeit unberührt gebliebene – Leihvertrag im Rahmen der Schenkung bzw. Übereignung aufgehoben wurde, da L das Buch nunmehr aus eigenem Recht besitzen sollte. Dem steht aber gleichfalls die Geschäftsunfähigkeit des V entgegen, sodass der Leihvertrag fortbestand.

In Beispiel 2 ist der Leihvertrag kraft Universalsukzession auf L übergegangen (§ 1922 BGB).

Durch die Beschädigung des Buches könnte L sich gemäß §§ 280 I, III, 283 BGB bzw. §§ 280 I, 241 II BGB schadensersatzpflichtig gemacht haben.¹⁶ Das hierfür erforderliche Schuldverhältnis stellt der Leihvertrag dar. Aus diesem erwächst auch ohne Weiteres die Pflicht, die Leihsache zurückzugeben (§ 604 I BGB) bzw. nicht zu beschädigen (§§ 603 S. 1, 241 II BGB). Diese Pflichtverletzung müsste L ferner zu vertreten haben, wobei er Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 276 I BGB).¹⁷

In Beispiel 1 verschüttet L den Wein aus Unachtsamkeit, handelt also fahrlässig (§ 276 II BGB).

In Beispiel 2 erfolgt das Verbrennen sogar vorsätzlich.

Zu beachten ist allerdings, dass sich das Vertretenmüssen auf den gesamten Tatbestand der Pflichtverletzung, insbesondere also auch auf das Bestehen der Pflicht, bezieht.¹⁸ Das Bestehen der Pflicht bzw. des Leihvertrages musste also zumindest erkennbar gewesen sein.

In Beispiel 1 hat L sich zwar keine Gedanken über eine Aufhebung des Leihvertrages gemacht, er ging im Rahmen seiner Parallelwertung in der Laiensphäre aber davon aus, dass das Buch aufgrund der Schenkung nunmehr ausschließlich ihm zustand und er damit nach freiem Belieben verfahren konnte. Indes hätte L die Geschäftsunfähigkeit des V erkennen können, und damit auch, dass das Buch weiterhin V zustand und

pfleglich zu behandeln war. Die Pflichtverletzung erfolgte daher fahrlässig.¹⁹

In Beispiel 2 hat L sich das Buch vor dem Verbrennen nicht näher angeschaut. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 II BGB) gebietet es aber, vermeintliche Nachlassgegenstände nicht unbesehen zu entsorgen, da mangels hinreichender Kenntnis über die Zusammensetzung des Nachlasses die nicht fernliegende Möglichkeit von Dritteigentum besteht.²⁰ Alleine die Nichtüberprüfung genügt für die Annahme einer fahrlässigen Verkennung von Dritteigentum sowie der Verkennung der hieraus naheliegenderweise folgenden Konsequenz des Bestehens eines entsprechenden Gebrauchsüberlassungsvertrages indes nicht. Vielmehr ist es erforderlich, dass die Vornahme der Überprüfung zu einem das Dritteigentum indizierenden Ergebnis geführt hätte, dass V das Buch also etwa mit einem entsprechenden Eigentümerkennmerk versehen hatte. Denn andernfalls war die Möglichkeit des Bestehens eines Gebrauchsüberlassungsvertrages mit entsprechenden, auf L übergegangenen, Pflichten für diesen nicht erkennbar.²¹ Die stets gegebene abstrakte Möglichkeit ge-

19 Im Schulfall des unerkannt bzw. unerkennbar Geschäftsunfähigen wäre das Fortbestehen des Leihvertrages demgegenüber nicht erkennbar gewesen, sodass grundsätzlich nicht von einer verschuldeten Pflichtverletzung ausgegangen werden könnte. Diesbezüglich ließe sich allerdings noch problematisieren, dass L das Buch ja nicht aufgrund der vermeintlichen Schenkung besonders unsorgfältig behandelt hätte, sondern ihm schlicht ein Missgeschick unterlief. Selbst bei Kenntnis von der Geschäftsunfähigkeit bzw. der verletzten Pflicht wäre der Schaden aufgrund der bloß fahrlässigen Beschädigung nicht ausgeblieben, sodass fraglich erscheint, ob die Nichterkennbarkeit der Geschäftsunfähigkeit L entlasten sollte. Hierauf kann hier aber nicht näher eingegangen werden.

20 Dies gilt jedenfalls für Bücher, da diese häufig Eigentümerkennmerkmale enthalten. Dem steht insbesondere auch nicht die Regelung des § 1006 I BGB entgegen, da diese lediglich eine Beweislastregel formuliert, auf den objektiven Sorgfaltsmaßstab aber ohne Einfluss ist. Im Übrigen ist § 1006 I BGB entgegen seinem Wortlaut so zu verstehen, dass sich die Vermutung nicht auf den aktuellen Besitz bezieht, sondern darauf, dass mit dem Erwerb von Eigenbesitz auch der Erwerb des Eigentums verbunden sei. Auf die vorliegend erfolgte Umwandlung des nach § 857 BGB auf L übergegangenen Fremdbesitzes des E (vgl. MünchKomm-BGB/Joost, 7. Aufl. 2017, § 857 Rn. 8) in Eigenbesitz des L ist die Vermutung demgegenüber nicht anwendbar, vgl. zum Ganzen MünchKomm-BGB/Baldus, 7. Aufl. 2017, § 1006 Rn. 44 ff.

21 Siehe zum Kriterium der Erkennbarkeit MünchKomm-BGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, § 276 Rn. 68 ff. Diesbezüglich lässt sich auch auf § 122 II BGB rekurren, der die fahrlässige Unkenntnis als »kennen müssen« bezeichnet. Was nicht erkennbar war, musste man aber auch nicht kennen. Hinsichtlich der Bösgläubigkeit im Rahmen des § 990 BGB wird allerdings davon ausgegangen, dass das Unterlassen gebotener Nachforschungen unabhängig von deren objektiver Eignung zur Sachaufklärung den Vorwurf grober Fahrlässigkeit begründen könne, vgl. Staudinger/Gursky, Neubearb. 2012, § 990 Rn. 22. Der Unterschied zur vorliegenden Konstellation besteht allerdings darin, dass die Nachforschung im Rahmen des § 990 BGB als Obliegenheit und nicht als Pflicht angesehen wird. Des Weiteren geht es bei § 990 BGB um die subjektive Einstellung des leichtfertig keine Nachfor-

2009, 89 Rn. 90. Auch insofern kommt es aber nur auf die subjektive Einstellung des Besitzers an, weshalb L kein Fremdbesitzer ist, obgleich er nur zum Fremdbesitz befugt ist.

16 Bei Unmöglichkeit der Herausgabe aufgrund Sachuntergangs dürften §§ 280 I, III, 283 BGB und §§ 280 I, 241 II BGB konkurrenzrechtlich nebeneinander bestehen, da sie der Verwirklichung unterschiedlicher Interessen (Erfüllungsinteresse einerseits und Integritätsinteresse andererseits) dienen, mögen diese im Falle des Sachuntergangs letztlich auch deckungsgleich sein, vgl. auch MünchKomm-BGB/Häublein, 7. Aufl. 2016, § 603 Rn. 4, der aber nicht spezifisch auf die Konkurrenzfrage eingeht.

17 Siehe zu der Frage, ob die Pflichtverletzung im Rahmen des § 283 BGB in der bloßen Unmöglichkeit oder in deren Herbeiführung zu erblicken ist MünchKomm-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 283 Rn. 4.

18 Vgl. Harke Allgemeines Schuldrecht, 2010, 176 Rn. 182, 226 Rn. 234.

nügt hierfür noch nicht. Geht man für die weitere Behandlung vom Vorliegen eines Eigentümervermerks aus, so hatte L das Bestehen des Leihvertrages sowie das Bestehen der entsprechenden Pflichten erkennen können, sodass ihm insofern Fahrlässigkeit zur Last zu legen ist. Mangels positiver Kenntnis vom Bestehen der Pflicht zur sorgsamsten Behandlung erfolgte deren Verletzung trotz vorsätzlicher Beschädigung des Buches somit lediglich fahrlässig.

In beiden Beispielfällen liegt mit der Beschädigung des Buches mithin an sich eine zu vertretende Pflichtverletzung samt entsprechendem Schadens vor, sodass V diesen grundsätzlich bei L liquidieren könnte. Dem könnte allerdings die Vorschrift des § 993 I Hs. 2 BGB entgegenstehen, die nach ihrem Wortlaut Schadensersatzansprüche unabhängig von deren Ursprung ausschließt. Voraussetzung für eine Anwendung des § 993 I Hs. 2 BGB ist allerdings das Vorliegen eines EBV und mithin einer Vindikationslage zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses. In beiden²² Beispielfällen ist V Eigentümer und L Besitzer. Allerdings besteht jeweils ein wirksamer Leihvertrag, der L zum Besitz berechtigt. Aufgrund dieses Rechts zum Besitz ist der Vindikationsanspruch (§ 985 BGB) nach § 986 I BGB ausgeschlossen, was grundsätzlich auch für die Regelungen des EBV samt dessen Sperrwirkung (§§ 987 ff. BGB) gilt, da es sich hierbei um Nebenfolgen der Vindikation handelt.²³ Dies erscheint allerdings nicht unproblematisch, da L als potentiell gutgläubiger Eigenbesitzer geradezu den Idealtypus des durch das EBV zu Schützenden verkörpert und er dieses Schutzes nunmehr lediglich aufgrund des ihm nicht bekannten Rechts zum Besitz verlustig geht. Insofern erhebt sich die Frage, ob es sachgerecht ist, dass der berechtigte Besitzer schlechter steht als der unberechtigte. Bevor allerdings eine hierauf gestützte entsprechende Anwendung des EBV zu thematisieren ist (dazu. IV.), gilt es zunächst zu untersuchen, ob nicht doch bereits dessen direkte Anwendung in Betracht kommt (dazu III.).²⁴ Denn

schungen Anstellenden, der daher eine *Bevorzugung* durch das EBV nicht verdient, wohingegen das Vertretenmüssen vorliegend den objektiven Zurechnungsgrund für eine Schadensersatzhaftung, also eine *Benachteiligung*, darstellt, was aber nur bei Erkennbarkeit des Pflichtverstoßes gerechtfertigt ist.

²² Auf diesen Zusatz wird im Folgenden verzichtet. Soweit nicht abweichend vermerkt, beziehen sich alle Aussagen gleichermaßen auf beide Beispielfälle.

²³ Vgl. Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 36; Baur/*Stürmer* Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, 118 Rn. 24.

²⁴ Einige der unter III. zu behandelnden Themenkomplexe ließen sich unter Zugrundelegung eines extensiven Begriffs des Rechts zum Besitz auch bereits als Frage einer entsprechenden Anwendung des EBV ansehen, doch erscheint es vorzugswürdig, sie als Frage eines

hinsichtlich des Erfordernisses einer Vindikationslage zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses werden verschiedene vorliegend potentiell einschlägige Ausnahmen diskutiert, die im Folgenden näher zu behandeln sind.

III. Direkte Anwendung des EBV

1. Der »noch-berechtigte« Besitzer

L stand aus dem Leihvertrag zwar ein Recht zum Besitz zu, doch besteht im Leihvertragsrecht die Besonderheit, dass der Verleiher die Sache gemäß § 604 III BGB *jederzeit* zurückfordern kann.²⁵ Dies ist dahingehend zu verstehen, dass dem Verleiher ein jederzeitiges und fristloses Kündigungsrecht zusteht, von dem er auch Gebrauch machen muss, wobei die Kündigung freilich regelmäßig implizit in dem Herausgabeverlangen mitenthalten ist.²⁶ Formal besteht das Recht zum Besitz daher bis zum Herausgabeverlangen fort, doch kann es diesem nicht entgegengehalten werden. Faktisch sieht sich der Entleiher daher, wie der völlig nichtberechtigte Besitzer, der jederzeitigen Inanspruchnahme auf Herausgabe der Sache ausgesetzt. Aufgrund dieser Vergleichbarkeit könnte erwogen werden, ein der Vindikation letztlich nicht entgegenstehendes Besitzrecht im Hinblick auf die Anwendbarkeit des EBV als nicht bestehend anzusehen und den (nur) »noch-berechtigten« Besitzer wie einen unberechtigten Besitzer zu behandeln.²⁷ Dem ist die h.M. aber zu Recht nicht gefolgt.²⁸ Denn bis zum Herausgabeverlangen begründet der Leihvertrag ein »echtes« Besitzrecht und regelt die Beziehungen zwischen Eigen-

restriktiven Verständnisses des Begriffs des Rechts zum Besitz einzuordnen. Denn die Prüfung der tatbestandlichen Erfüllung des EBV geht derjenigen nach einer entsprechenden Anwendbarkeit methodisch voraus. Sofern aber der Ausschlussgrund »Recht zum Besitz« nicht gegeben ist – etwa, weil man dem »nicht-so-berechtigten« Besitzer sein Besitzrecht abspricht –, besteht überhaupt kein Anlass für eine Analogie.

²⁵ Sofern weder eine bestimmte Dauer noch ein bestimmter Zweck vereinbart wurden.

²⁶ MünchKomm-BGB/*Häublein*, 7. Aufl. 2016, § 604 Rn. 3.

²⁷ So BGH BB 1954, 207. Der Begriff des »noch-berechtigten« Besitzers ist an die bekannten Figuren des »nicht-so-berechtigten« und des »nicht-mehr-berechtigten« Besitzers angelehnt, hat im Gegensatz zu diesem aber noch keine vergleichbare Verbreitung erfahren und sollte daher nicht ohne nähere Erläuterung der fraglichen Konstellation verwendet werden.

²⁸ Siehe MünchKomm-BGB/*Raff*, 7. Aufl. 2017, Vor § 987 Rn. 28; Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 16.

tümer-Verleiher und Besitzer abschließend.²⁹ Für eine Anwendbarkeit des EBV besteht daneben weder ein Bedürfnis noch eine Rechtfertigung, da dieses die privat-autonom getroffene Vereinbarung unterlaufen könnte. So wäre es etwa unvertretbar, den Entleiher trotz Vereinbarung einer unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung mit dem Nutzungsersatzanspruch des § 987 BGB zu belasten. Für die Beispielfälle bedeutet dies, dass sich alleine aus dem Vorliegen eines Leihvertrages trotz der jederzeitigen Rückforderungsmöglichkeit noch nicht die Anwendbarkeit des EBV ergibt.

2. Der »nicht-so-berechtigte« Besitzer und der sogenannte Fremdbesitzerexzess

Etwas anderes könnte sich jedoch daraus ergeben, dass L, wie gesehen, durch die Beschädigung des Buches eine Pflicht aus dem Leihvertrag verletzt und damit das bestehende Besitzrecht überschritten hat. Diesbezüglich prägte *Martin Wolff* den Begriff des »nicht-so-berechtigten« Besitzers, den er trotz des an sich bestehenden Besitzrechts als nichtberechtigten Besitzer klassifizierte, da er, der Besitzer, sich aufgrund des Exzesses außerhalb des Besitzrechts bewege.³⁰ Diese Auffassung hat im älteren Schrifttum teilweise Gefolgschaft gefunden, wird heutzutage aber zu Recht nicht mehr vertreten.³¹ Denn ähnlich wie bereits im Rahmen der Behandlung des »noch-berechtigten« Besit-

zers ausgeführt, regelt das das Besitzrecht begründende Rechtsverhältnis die Beziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer – worunter insbesondere auch die Folgen eines Exzesses fallen – grundsätzlich abschließend. Im Übrigen passt das EBV auch seinem Zweck nach nicht auf die Behandlung von Störungen innerhalb eines Vertragsverhältnisses.³² Dementsprechend ist das Recht zum Besitz generischer Natur und bezieht sich nicht nur auf bestimmte Verhaltensweisen, sondern auf die Innehabung des Besitzes als solchem. Auch wenn sich ein bestimmtes Verhalten daher als pflichtwidrig erweist, ändert dies nichts daran, dass der Besitzer auch weiterhin zum Besitz berechtigt ist.³³ Andernfalls ergäbe sich zudem die Gefahr, dass die spezifischen Vorgaben des Besitzrechtsverhältnisses – etwa die kurze Verjährung nach § 548 BGB – unterlaufen werden könnten.³⁴ Allerdings geht es der Lehre vom »nicht-so-berechtigten« Besitzer genau besehen ohnehin nur um eine ergänzende, nicht aber um eine die vertraglichen Regelungen verdrängende Anwendung des EBV, sodass § 993 I Hs. 2 BGB auch insoweit keine Sperrwirkung entfalten würde.³⁵

Strikt von der Figur des »nicht-so-berechtigten« Besitzers zu unterscheiden ist hierbei der sogenannte Fremdbesitzerexzess. Beide Konstellationen ähneln sich zwar insofern, als es jeweils um einen exzedierenden Fremdbesitzer geht, der entscheidende Unterschied besteht aber darin, dass der »nicht-so-berechtigte« Besitzer tatsächlich zum Besitz berechtigt ist (nur nicht »so«), wohingegen der Besitzer in der Konstellation des Fremdbesitzerexzesses nur *vermeintlich* zum Besitz berechtigt ist und er auch lediglich das vermeintliche Besitzrecht überschreitet.³⁶ Im

²⁹ Freilich unbeschadet des Deliktsrechts. Die Ausschlusswirkung der vertraglichen Regelung ist hierbei aber nicht in dem Sinne zu verstehen, dass das EBV gewissermaßen abbedungen würde. Vielmehr steht das Besitzrecht bereits der tatbestandlichen Erfüllung des Vindikationsanspruchs (§ 985 BGB) und mithin auch des EBV entgegen, sodass nicht eine an sich einschlägige Regelung privatautonom außer Anwendung gestellt wird. Diese Konzeption hat insbesondere Bedeutung für das Drei-Personenverhältnis, da etwa eine Abbedingung des EBV im Verhältnis zum unmittelbaren Besitzer durch Abschluss eines Vertrages zwischen Eigentümer und mittelbarem Besitzer aufgrund der damit auch verbundenen Schlechterstellung des unmittelbaren Besitzers nicht ohne erhebliche konstruktive Verrenkungen zu bewerkstelligen wäre. So müsste man den Vertrag zwischen Eigentümer und mittelbarem Besitzer als Vertrag zu Gunsten des unmittelbaren Besitzers dahingehend auffassen, dass lediglich die diesen belastenden Elemente des EBV abbedungen werden, wohingegen man den Vertrag zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer (ohne einen solchen wäre der unmittelbare Besitzer ja seinerseits nicht zum Besitz berechtigt) umgekehrt als Vertrag zu Gunsten des Eigentümers auffassen müsste, der alle diesen benachteiligenden Elemente des EBV abbedingt.

³⁰ *Wolff* Sachenrecht, 9. Aufl. 1932, 290, 294 Fn. 20.

³¹ Siehe zu Nachweisen aus dem älteren und jüngeren Schrifttum *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 16; vgl. auch *Baur/Stürmer* Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, 120 Rn. 27.

³² *BeckOGK-BGB/Spohnheimer*, Stand: 01.12.2017, § 987 Rn. 20.

³³ *BeckOGK-BGB/Spohnheimer*, Stand: 01.12.2017, § 987 Rn. 20. Freilich kann das Verhalten Anlass zu einer Kündigung geben, doch beendet erst diese das Besitzrecht.

³⁴ Vgl. *MünchKomm-BGB/Raff*, 7. Aufl. 2017, Vor § 987 Rn. 23, wobei dies freilich auch durch die ohnehin recht extensive Handhabung des § 548 BGB verhindert werden könnte.

³⁵ Vgl. *Wolff* Sachenrecht, 9. Aufl. 1932, 295 f., der ohne Weiteres vom Eingreifen der vertraglichen Haftung ausgeht.

³⁶ Da sich der Exzess also nur auf das vermeintliche Besitzrecht bezieht und daher mangels eines solchen tatsächlich eigentlich kein Exzess vorliegt, ist der Begriff des Fremdbesitzerexzesses – gerade auch in Abgrenzung zur Konstellation des »nicht-so-berechtigten« Besitzers – nicht besonders glücklich gewählt, aber absolut gängig. Auch die durch die Bezeichnung indizierte Beschränkung auf den Fremdbesitzer ist nicht ganz passend. Denn selbst, wenn das vermeintliche Kausalverhältnis an sich zum Eigenbesitz befugt – wie etwa ein Kaufvertrag –, so kann dennoch ein relevanter Exzess vorliegen, wenn die entsprechende Befugnis von der noch ausstehenden Erbringung der Gegenleistung abhängt. Siehe zu einer entsprechenden Konstellation *Rodi ZJS* 2015, 75.

ersteren Fall geht es also um den Exzess des *berechtigten*, im letzteren Fall um den Exzess des *unberechtigten* Fremdbesitzers.

Beispiel: V vermietet sein Fahrrad an M, war aber geschäftsunfähig. Der hinsichtlich der Wirksamkeit des Mietvertrages gutgläubige M beschädigt das Fahrrad bei einem Ausflug fahrlässig.

Bei Gutgläubigkeit des Fremdbesitzers würde dessen Haftung nach §§ 990 I, 989 BGB ausscheiden, eine vertragliche Haftung käme wegen der Unwirksamkeit des Besitzrechtsverhältnisses nicht in Betracht³⁷ und der deliktsrechtlichen Haftung stünde die Sperrwirkung des § 993 I Hs. 2 BGB entgegen. Die vollständige Haftungsfreiheit des auf die Wirksamkeit des Besitzrechtsverhältnisses vertrauenden Fremdbesitzers wird aber allgemein für nicht angemessen erachtet, da er aufgrund seines Exzesses selbst bei Zutreffen seiner Vorstellung aus dem Besitzrechtsverhältnis gehaftet hätte. Umstritten ist daher lediglich der konstruktive Weg, der allerdings Auswirkungen auf die Beantwortung von Folgefragen hat. Eine Mindermeinung spricht sich diesbezüglich für eine Analogie zu § 991 II BGB aus,³⁸ wohingegen die h. M. unter (zweifelhaftem) Verweis darauf, dass § 991 II BGB ersichtlich auf das Dreipersonenverhältnis zugeschnitten sei, eine zur Anwendbarkeit des Deliktsrechts führende teleologische Reduktion des § 993 I Hs. 2 BGB präferiert.³⁹ Ein Unterschied zwischen den beiden Auffassungen besteht etwa darin, dass § 278 BGB nur im Rahmen der Analogie zu § 991 II BGB Anwendung findet.⁴⁰

3. Die »Aufschwungtheorie«

Eng mit der zuvor behandelten Figur des »nicht-so-berechtigten« Besitzers verwandt ist die Konstellation, dass sich der Fremdbesitzer unbefugterweise zum Eigenbesitzer »aufschwingt«.⁴¹ Dennoch wird sie häufig abweichend gehandhabt.

Beispiel (nach BGHZ 31, 129): E war Eigentümer einer Feldbahnlokomotive, die sich 1944 an der Kriegsfront zur Sowjetunion

befand. Um sie vor den herannahenden sowjetischen Truppen in Sicherheit zu bringen, transportierte die Reichsbahn die Feldbahnlokomotive ab. Nach dem Verlust der Versandpapiere veräußerte die Reichsbahn die Lokomotive grob fahrlässig als vermeintliches Reichseigentum.

Diesbezüglich gilt es zwei unterschiedliche Aspekte auseinanderzuhalten. Zum einen stellt sich die Frage, ob der Wechsel von Fremd- zu Eigenbesitz dazu führt, dass der vormals berechtigte Fremdbesitzer nunmehr unberechtigter Eigenbesitzer ist. Daneben ist aber auch der Redlichkeitsmaßstab fraglich, da bei der erstmaligen Besitzergreifung bereits grob fahrlässige Unkenntnis schadet (§ 990 I 1 BGB), zu einem späteren Zeitpunkt demgegenüber nur noch positive Kenntnis (§ 990 I 2 BGB). Der BGH ging in dem geschilderten Feldbahnlokomotivenfall davon aus, dass der Wechsel von Fremd- zu Eigenbesitz angesichts der wesensmäßigen Unterschiede der beiden Besitzkategorien als neue Besitzergreifung anzusehen und daher der strengere Maßstab des § 990 I 1 BGB anzuwenden sei.⁴² Diese Annahme des BGH ist im Schrifttum auf ein geteiltes Echo gestoßen.⁴³ Zumindest i. E. für die Auffassung des BGH spricht, dass das Telos des § 990 I 2 BGB darin besteht, dass sich der Besitzer bei unverändert fortbestehendem Besitz nicht andauernd Gedanken über dessen Berechtigung machen müssen soll, sondern vornehmlich beim Erwerb des Besitzes. Durch die Umwandlung des Fremdbesitzes in Eigenbesitz wurde der Besitz aber auf eine neue Grundlage gestellt, sodass aufgrund dieser Zäsur ein gesteigerter Sorgfaltsmaßstab zumutbar ist.⁴⁴

Was nun die Besitzberechtigung als solche anbelangt, betraf die Entscheidung des BGH eine Sondersituation. Denn das Besitzrecht der Reichsbahn erwuchs hinsichtlich des Abtransports aus einer berechtigten GoA, da die Lokomotive vor den herannahenden sowjetischen Truppen in Sicherheit gebracht wurde. Mit der Aufgabe des Fremdgeschäftsführungswillens durch die Begründung von Eigenbesitz endete aber die berechtigte GoA (§ 687 I BGB) und damit auch das durch sie begründete Besitzrecht, weshalb der BGH zu Recht die Anwendbarkeit des EBV bejahete.⁴⁵ In der Literatur ist die Entscheidung häufig dahingehend verallgemeinert worden, dass jegliche unbefugte Umwandlung von Fremd- in Eigenbesitz zu unberechtigtem Besitz führe, gewissermaßen also das Besitzrecht ent-

³⁷ Vgl. neuerdings aber auch *Arndt* Die Schadensersatzpflicht des Fremdbesitzers im Exzess, 2015, 35 ff. der grundsätzlich auf das mit der Besitzüberlassung potentiell einhergehende Schuldverhältnis nach § 311 II BGB abstellen möchte.

³⁸ *Baur/Stürner* Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, 122 Rn. 32

³⁹ Vgl. *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 32 m. w. N. auch zu weiteren vertretenen Auffassungen.

⁴⁰ Vgl. *MünchKomm-BGB/Raff*, 7. Aufl. 2017, § 991 Rn. 11.

⁴¹ In Anlehnung an *Heck* Grundriß des Sachenrechts, 1930, 18 wird insofern bisweilen auch vom Wechsel der »Besitzfarbe« gesprochen.

⁴² BGHZ 31, 129, 133 ff.

⁴³ Vgl. die Nachweise bei *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2012, § 990 Rn. 29.

⁴⁴ *MünchKomm-BGB/Raff*, 7. Aufl. 2017, § 990 Rn. 14.

⁴⁵ *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2012, § 990 Rn. 29.

fallen lasse.⁴⁶ Dem ist jedoch entschieden zu widersprechen. Die unbefugte Umwandlung von Fremd- in Eigenbesitz stellt sich als bloße Pflichtverletzung dar, die das Besitzrecht als solches im Regelfall unangetastet lässt. Eine Ausnahme besteht lediglich für die Sonderkonstellation der berechtigten GoA, da diese von der subjektiven Zweckrichtung des Geschäftsführers abhängig ist. Alles andere wäre ein Rückfall in die einhellig ablehnte Lehre vom »nicht-so-berechtigten« Besitzer und eine Verkenning des generischen Charakters des Rechts zum Besitz.⁴⁷ Insofern lässt sich sagen, dass der Besitzer zwar nicht zum Eigenbesitz befugt, aber dennoch zum Besitz berechtigt ist.

Der »Aufschwung« von L zum Eigenbesitzer führt somit nicht zur Anwendbarkeit des EBV.⁴⁸

4. Exkurs: Der »nicht-mehr-berechtigte« Besitzer

Exkursartig soll zudem noch auf den »nicht-mehr-berechtigten« Besitzer eingegangen werden. Diese – in den Beispielfällen nicht gegebene – Konstellation zeichnet sich dadurch aus, dass zunächst ein Besitzrecht bestand, dieses aber zwischenzeitlich ausgelaufen ist. Diesbezüglich stellt sich die Frage der nunmehrigen Anwendbarkeit des EBV.

Dies wäre etwa der Fall gewesen, wenn der Leihvertrag in Beispiel 2 auf den Tod des E auflösend befristet (§ 163 BGB) gewesen wäre.

Jene Konstellation unterscheidet sich insofern von den zuvor behandelten Konstellationen, als die tatbestandlichen Voraussetzungen des EBV aufgrund des Auslaufens des Besitzrechts hier eindeutig erfüllt sind. Es geht daher nicht um eine die tatbestandliche Erfüllung des EBV ausschließende restriktive Auslegung des Begriffs des Rechts zum Besitz, sondern um das Konkurrenzverhältnis der einschlägigen EBV-Regelungen zu bestehenden spezifischen

⁴⁶ Vgl. etwa BeckOGK-BGB/*Spohnheimer*, Stand: 01.12.2017, § 987 Rn. 21.

⁴⁷ Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, § 990 Rn. 29; vgl. auch BeckOGK-BGB/*Fritzsche*, Stand: 15.06.2017, § 987 Rn. 17, der darauf verweist, dass sich jeder vertraglich gebundene Besitzer andernfalls durch bloße Willensänderung der vertraglichen Haftung entziehen könnte. Das würde freilich eine diesbezügliche Sperrwirkung des EBV voraussetzen, die von der Lehre vom »nicht-so-berechtigten« Besitzer aber, wie gesehen, nicht intendiert war.

⁴⁸ Auch in Beispiel 2 lässt sich wegen § 857 BGB von einem »Aufschwung« sprechen, vgl. Fn. 20.

Abwicklungsverhältnissen (wie etwa den §§ 346 ff. BGB). Während insbesondere beim Vorliegen vertraglicher Beziehungen teilweise eine vollständige Verdrängung des EBV angenommen wird,⁴⁹ geht die h. M. im Ausgangspunkt von freier Anspruchskonkurrenz aus, sofern den spezifischen Abwicklungsverhältnissen nicht ausnahmsweise durch Auslegung ein verdrängender Exklusivitätsanspruch entnommen werden kann.⁵⁰ Die zunächst unscheinbar anmutende Annahme freier Anspruchskonkurrenz bedeutet hierbei aber zwingenderweise auch eine Durchbrechung der grundsätzlichen Sperrwirkung des EBV. Denn nicht nur schließen die vertraglichen Regelungen das EBV nicht aus, sondern auch umgekehrt schließt § 993 I Hs. 2 BGB weder die vertraglichen Regelungen noch das Delikts- und Bereicherungsrecht aus.⁵¹ Es geht also lediglich um eine ergänzende Anwendung des EBV.⁵² Vereinzelt ist allerdings die Ansicht vertreten worden, dass die Sperrwirkung doch greifen müsse, da das EBV bezwecke, den Besitzer von der Notwendigkeit freizustellen, sich stets Gedanken über die Rechtmäßigkeit seines Eigenbesitzes zu machen, weshalb der gutgläubige Eigenbesitzer vor jeglicher Haftung zu bewahren sei.⁵³ Gegen eine Sperrwirkung wird jedoch zu Recht vorgebracht, dass derjenige, der den Besitz auf vertraglicher Grundlage überlässt – also der Vermieter, Verleiher etc. – nicht deshalb seiner vertraglichen Rechte verlustig gehen dürfe, weil er zusätzlich noch Eigentümer ist und deshalb ein EBV besteht.⁵⁴

IV. Entsprechende Anwendung des EBV

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass das Bestehen eines Besitzrechts der Vindikationslage und mithin

⁴⁹ So *Baur/Stürner* Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, 121 Rn. 30.

⁵⁰ Siehe Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 21 f. m. w. N., der auch darauf hinweist, dass das EBV wegen § 292 BGB jedenfalls ab Rechtshängigkeit der Herausgabeklage einschlägig ist. Hiervon zu unterscheiden ist die nahezu allgemein verneinte Frage, ob das Bestehen vertraglicher Rückgabeansprüche den Vindikationsanspruch (§ 985 BGB) als solchen verdrängt, vgl. MünchKomm-BGB/*Baldus*, 7. Aufl. 2017, § 985 Rn. 129 ff. Bejahte man dies, müsste man konsequenterweise auch das EBV als Nebenfolge der Vindikation ausschließen.

⁵¹ BGH NJW 1968, 167; Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 21 f., 29.

⁵² Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 29.

⁵³ *Kahler* MDR 1985, 374, 375 zu einem dem abgewandelten Beispiel 2 vergleichbaren Fall.

⁵⁴ BGH NJW 1968, 167; Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 22.

der tatbestandlichen Verwirklichung des EBV zwingend entgegensteht. In Betracht kommt allerdings möglicherweise eine entsprechende Anwendung des EBV auf den berechtigten Besitzer. Diesbezüglich ist zunächst auf die in Rechtsprechung und Schrifttum ausführlich behandelte Frage der Schließung von Lücken des Besitzrechtsverhältnisses durch analoge Anwendung des EBV einzugehen (unter 1.), um sodann die Kernfrage einer Erweiterung der Sperrwirkung des EBV auf die vertragliche Haftung des lediglich zum Fremdbesitz befugten Eigenbesitzers zu behandeln (unter 2.).

1. Subsidiäre Anwendung des EBV?

Insbesondere die Rechtsprechung verfährt diesbezüglich sehr großzügig und wendet das EBV zur Lückenfüllung entsprechend an, wenn das Besitzrechtsverhältnis die Frage des Nutzungs- und Verwendungsersatzes nicht regelt.⁵⁵ Paradebeispiel hierfür ist das Vorliegen eines Zurückbehaltungsrechts, welches von der Rechtsprechung als Recht zum Besitz angesehen wird.⁵⁶ Demgegenüber hält die Literatur eine subsidiäre Anwendung des EBV zu Recht für grundsätzlich überflüssig und verweist zur Schließung eventueller Lücken des Besitzrechts auf die sachnähere (ergänzende) Auslegung des Besitzrechtsverhältnisses.⁵⁷ Eine Ausnahme gilt richtigerweise aber für den Sonderfall, dass die Verfügung eines Nichtberechtigten durch den Berechtigten auflösend bedingt genehmigt wird und die Bedingung eintritt.⁵⁸ Zu berücksichtigen ist auch, dass das EBV eine in sich ausgewogene Gesamtregelung darstellt, die durch lückenfüllende Einzelanalogie auseinandergerissen würde. Ferner beruht das vermeintliche Bedürfnis nach einer Lückenfüllung durch das EBV bisweilen auch schlicht auf der unzutreffenden Annahme des Vorliegens eines Besitzrechts. So begründet etwa das Zurückbehalt-

tungsrecht nach zutreffender h. L. kein Recht zum Besitz, sondern schlicht ein eigenständiges Gegenrecht.⁵⁹ Hierfür spricht bereits, dass ein Besitzrecht i. S. d. § 986 BGB zur Abweisung der Herausgabeklage führt, wohingegen das Zurückbehaltungsrecht lediglich eine Verurteilung Zugum-Zug bewirkt (§ 274 BGB), zumal das Recht zum Besitz eine Einwendung, das Zurückbehaltungsrecht aber eine Einrede darstellt.⁶⁰ Jedenfalls bezieht sich die vorliegend thematisierte Analogie aber nur auf eine ergänzende Anwendung des EBV – schließlich geht es ja um Lückenfüllung –, sodass hieraus keine Sperrwirkung für eventuelle vertragliche Ansprüche resultiert, liegt bei deren Bestehen doch insofern schon gar keine Lücke vor, sondern würde allenfalls durch die Annahme einer Sperrwirkung gewissermaßen erst geschaffen.

Die Konstellation ähnelt somit derjenigen des »nicht-mehr-berechtigten« Besitzers, weshalb die deutlich ablehnendere Haltung des Schrifttums zunächst verwundert. Indes bestehen zwei wesentliche Unterschiede, die die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Zum einen geht es vorliegend aufgrund des bestehenden Besitzrechts um eine bloß entsprechende Anwendung des EBV, die naturgemäß besonders begründungsbedürftig ist. Demgegenüber ist das Besitzrecht beim »nicht-mehr-berechtigten« Besitzer bereits ausgelaufen, weshalb umgekehrt die Nichtanwendung des EBV besonders begründungsbedürftig ist. Zum anderen kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ein Besitzrechtsverhältnis während der Dauer seines Bestehens alle relevanten Aspekte zumindest implizit regelt, wohingegen dies für den Zeitraum nach dem Auslaufen des Besitzrechts nicht ohne Weiteres angenommen werden kann.

2. Erweiterung der Sperrwirkung auf die vertragliche Haftung des Eigenbesitzers?

Nunmehr gilt es der Kernfrage nachzugehen, ob die durch § 993 I Hs. 2 BGB statuierte Sperrwirkung des EBV auf die vertragliche Haftung des lediglich zum Fremdbesitz befugten Eigenbesitzers entsprechend anzuwenden ist. Diesbezüglich kann nicht auf die im vorherigen Abschnitt behandelte Rechtsprechung rekurriert werden, da es dieser, wie gesehen, lediglich um eine lückenschließende, *ergänzende* Anwendung des EBV geht, vorliegend aber eine *ver-*

⁵⁵ Vgl. Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 16.

⁵⁶ Vgl. etwa BGH NJW 2002, 1050, 1052.

⁵⁷ MünchKomm-BGB/*Raff*, 7. Aufl. 2017, Vor § 987 Rn. 26; *Baur/Stürmer* Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, 118 Fn. 4. In der in BGHZ 148, 322 behandelten Sonderkonstellation des wiedervereinigungsrechtlichen Sachenrechtsmoratoriums (Art. 233 § 2a EGBGB) mag die entsprechende Anwendung des EBV i. E. zu billigen gewesen sein, doch wäre es auch hier sachgerechter gewesen, dies aus einer impliziten Anordnung der gesetzlichen Regelung selbst zu entnehmen.

⁵⁸ Mangels Rückwirkung des Bedingungseintritts ist der Erwerber bis zu diesem Zeitpunkt tatsächlich Eigentümer und damit natürlich auch berechtigter Besitzer, doch gebietet die spezifische Sachlage hier ausnahmsweise dennoch die Analogie. Siehe eingehend hierzu *Rodi* Die bedingte Zustimmung, 2016, 123 ff.; zustimmend MünchKomm-BGB/*Raff*, 7. Aufl. 2017, Vor § 987 Rn. 20 Fn. 36.

⁵⁹ Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, § 986 Rn. 28; *Baur/Stürmer* Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, 119 Rn. 26 a.

⁶⁰ Siehe Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, § 986 Rn. 28 auch zu weiteren Argumenten.

drängende Anwendung im Raume steht.⁶¹ Wie bereits in der Einleitung erwähnt, könnte die Analogie aber zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen erforderlich sein. Denn wäre etwa in Beispiel 1 der Leihvertrag wegen schon früher eingetretener Geschäftsunfähigkeit des V ebenfalls unwirksam gewesen, dann hätte eindeutig eine Vindikationslage vorgelegen. Eine Haftung des L nach §§ 990 I, 989 BGB wäre hierbei mangels Bösgläubigkeit nicht in Betracht gekommen und wegen § 993 I Hs. 2 BGB wäre er auch im Übrigen haftungsfrei gewesen. Es stellt sich daher die Frage, ob es sachgerecht ist, den berechtigten Eigenbesitzer schlechter zu stellen als den unberechtigten. Denn unabhängig von der Wirksamkeit des Leihvertrages vertraute L gutgläubig auf seine Eigentümerstellung und ist daher möglicherweise schutzwürdig.

Allerdings sieht sich die vergleichende Argumentation (»besser/schlechter«) im EBV generell erheblicher Kritik ausgesetzt und ist daher mit Vorsicht zu genießen.⁶² Ein besonders prominentes Beispiel hierfür ist die Frage, ob auf den Werkunternehmer, der vor Beendigung des Besitzrechts seines Oberbesitzers Verwendungen auf die Sache tätigt, die Regelungen der §§ 994 ff. BGB Anwendung finden, obwohl er zu diesem Zeitpunkt noch berechtigter Besitzer war. Dies hatte der BGH mit der Überlegung bejaht, dass der zum Besitz berechtigte Fremdbesitzer nicht schlechter stehen könne als ein gutgläubiger, zum Besitz nicht berechtigter Fremdbesitzer in entsprechender Lage.⁶³ Dem ist die Literatur aber vielfach mit dem Argument entgegengetreten, dass die Rechtsfolgen des EBV maßgeblich nach der Redlichkeit des Besitzers differenzieren, guter oder böser Glaube sich aber nur auf etwas in Wahrheit nicht Existierendes beziehen könne.⁶⁴ Im Übrigen sei die vergleichende Argumentation des BGH inhaltslos, da eine vergleichbare Lage des besitz- und nutzungsberechtigten Besitzers einerseits und des zur sofortigen Herausgabe verpflichteten (nichtberechtigten) Besitzers andererseits evi-

denntermaßen nicht bestehe.⁶⁵ Generell ist zu sagen, dass jede Aufweichung der Voraussetzung einer Vindikationslage zum Zeitpunkt der Vornahme der fraglichen Handlung im Vergleich zu nicht erfassten Fallgestaltungen – jedenfalls etwa dem überhaupt nicht Besitzenden – zu Ergebnisunterschieden und damit potentiell zu neuen – vermeintlichen – Wertungswidersprüchen führt.⁶⁶ Zudem birgt die vergleichende Argumentation aufgrund der willkürlich wählbaren Vergleichsgruppen die Gefahr ergebnisorientierter Billigkeitsentscheidungen.⁶⁷ So ließe sich vorliegend etwa statt des Vergleichs zwischen berechtigtem und unberechtigtem Besitzer auch auf den Vergleich von verleihendem Eigentümer und verleihendem Nichteigentümer abstellen: Warum sollte der Verleiher dadurch schlechter stehen, dass er noch zusätzlich Eigentümer ist und damit potentiell ein EBV besteht, wohingegen man dem verleihendem Nichteigentümer seine vertraglichen Rechte keinesfalls unter Verweis auf § 993 I Hs. 2 BGB vor enthalten könnte?⁶⁸

Jedenfalls aber rechtfertigt das Vorliegen einer *Sonderbeziehung* auch eine *besondere* Behandlung. Die Parteien eines Vertragsverhältnisses stehen nicht besser oder schlechter als bei Anwendbarkeit des EBV, sondern schlicht anders.⁶⁹ So besteht – wie auch hinsichtlich der Werkunternehmerkonstellation bereits angeführt – ein erheblicher Unterschied etwa darin, dass der nichtberechtigte Besitzer im Gegensatz zum berechtigten Besitzer jederzeit auf Herausgabe in Anspruch genommen werden könnte. Dies gilt aufgrund des § 604 III BGB i. E. zwar auch bei Bestehen eines Leihvertrages, doch liegt in diesem Fall dennoch kein EBV vor. Diesbezüglich kann auf den Abschnitt über den »noch-berechtigten« Besitzer verwiesen

⁶¹ Auch wenn hier die Sperrwirkung als das entscheidende Element der Analogie in den Vordergrund gestellt wird, so geht es dennoch natürlich nicht um eine isolierte Analogie des § 993 I Hs. 2 BGB mit redlichkeitsunabhängiger Haftungsfreiheit, sondern um eine analoge Anwendung der gesamten §§ 987 ff. BGB – auf die auch der Wortlaut des § 993 I Hs. 2 BGB bereits verweist –, sodass eine Haftung nur, aber immerhin, nach den Maßstäben der §§ 989 f. BGB in Betracht käme. Bezugspunkt der Redlichkeit wäre hierbei die Befugnis zum Eigenbesitz.

⁶² Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 16 erachtet diese Argumentation für »schlicht irreführend«.

⁶³ BGHZ 34, 122, 131 f.

⁶⁴ MünchKomm-BGB/*Raff*, 7. Aufl. 2017, Vor § 987 Rn. 19; *Baur/Stürner* Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, 121 Rn. 29.

⁶⁵ Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 994–1003 Rn. 31.

⁶⁶ Vgl. auch Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 16. Soweit im Rahmen des Fremdbesitzerexzesses argumentiert wird, dass der unberechtigte Besitzer nicht besser stehen dürfe als bei Bestehen des von ihm angenommenen Besitzrechts, so rechtfertigt sich dies daraus, dass die Regelungen des EBV auf den Fremdbesitzer ohnehin nur bedingt passen.

⁶⁷ Vgl. *Raiser* JZ 1961, 529, 530.

⁶⁸ Vgl. (zum »nicht-mehr-berechtigten« Besitzer) BGH NJW 1968, 167; Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 22.

⁶⁹ Vgl. MünchKomm-BGB/*Raff*, 7. Aufl. 2017, Vor § 987 Rn. 20, der auch auf die Möglichkeit einer Entgeltverpflichtung hinweist. Hiervon wurde in den Beispielfällen zwar kein Gebrauch gemacht, doch stellt auch dies eine bewusste Entscheidung und mithin eine vertragliche Ausgestaltung dar. Ein Unterschied besteht auch darin, dass im Rahmen eines Vertragsverhältnisses ohne Weiteres Rücksichtnahmepflichten nach § 241 II BGB bestehen, wohingegen das EBV richtigerweise erst bei gegebener Bösgläubigkeit bzw. Rechtshängigkeit als schuldrechtliche Sonderbeziehung anzusehen ist, Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 37.

werden. Entscheidend für eine vertragliche Haftung des lediglich zum Fremdbesitz befugten Eigenbesitzers spricht aber ohnehin ein anderer Aspekt, nämlich dessen besondere Pflichtenbindung, die sich aus dem bewusst eingegangenen Vertragsverhältnis ergibt.⁷⁰ Nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen existiert schließlich keine Privilegierung für denjenigen, der das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung nur einfach fahrlässig verkennt, da nach § 276 BGB bereits jede Fahrlässigkeit genügt. Dass der Schädiger in der vorliegenden Konstellation auch Besitzer war und daher potentiell ein EBV vorliegt, kann an dieser Beurteilung nichts ändern und rechtfertigt insbesondere keine abweichende Behandlung im Vergleich zu besitzlosen Parallelkonstellationen. Zu denken wäre insofern etwa an die unwirksame Aufhebung eines Wettbewerbsverbots und den anschließend einfach fahrlässig erfolgten Verstoß gegen jenes. Denn die Sperrwirkung des EBV dient vornehmlich dem Schutz des gutgläubigen Eigenbesitzers vor den insbesondere aus § 935 BGB resultierenden Härten eines gescheiterten Eigentumserwerbs. Aus Gründen des Verkehrsschutzes soll der gutgläubige Eigenbesitzer, wenn er schon nicht das Eigentum erwerben konnte, wenigstens von der deliktsrechtlichen Haftung befreit werden.⁷¹ Man kann insofern auch von einer Art »Minimalform gutgläubigen Erwerbs« sprechen.⁷² Diese Ausprägung des sachenrechtlichen Verkehrsschutzes kann sich aber ausschließlich auf die dingliche Seite des fehlgeschlagenen Eigentumserwerbs beziehen, also nur auf die Ansprüche, die das Gesetz gerade an die fehlende Eigentümerstellung des Besitzers knüpft. Hierzu gehören das Delikts- und das Bereicherungsrecht, nicht jedoch das Vertragsrecht.⁷³

Denn die Vertragspflichten beruhen ausschließlich auf der privatautonom vertraglichen Gestaltung bzw. den *Interessen* der Parteien (§ 241 II BGB) und sind von der dinglichen Rechtslage grundsätzlich unabhängig. Dementsprechend begehen beispielsweise etwa sowohl Untermieter als auch Eigentümer-Vermieter gegenüber dem Mieter durch Beschädigung der Mietsache eine Pflichtverletzung. Die dingliche Rechtslage ist allenfalls für die Haftungsausfüllung – so muss der Eigentümer natürlich nicht

den Substanzwert ersetzen –, nicht aber für die Haftungsbegründung von Bedeutung. Im Rahmen des vertraglichen Haftungsregimes ist ein guter Glaube an eine geringere Schadenshöhe bzw. gar an das Ausbleiben eines Schadens wegen eigener Rechtsinhaberschaft an der beschädigten Sache aber schon deshalb nicht schutzwürdig, weil sich das Vertretenmüssen nicht auf die Schadenshöhe, sondern lediglich auf die Pflichtverletzung als solche bezieht.⁷⁴ Durch die Beschädigung der Sache – in den Beispielfällen des Buches – liegt aber, wie gesehen, unabhängig von der dinglichen Rechtslage eine Pflichtverletzung vor.

Darüber hinaus muss man sich klar machen, dass »guter Glaube« lediglich das Fehlen von grober Fahrlässigkeit und Vorsatz umschreibt. Die durch § 993 Abs. 1 a. E. BGB statuierte Nichthaftung bei bloßer Fahrlässigkeit rechtfertigt sich aber, wie gesehen, ausschließlich aus Gründen des Verkehrsschutzes (»Minimalform gutgläubigen Erwerbs«), für den im Rahmen schuldrechtlicher Sonderbeziehungen jedoch kein Platz ist. Ergänzend ist zudem noch anzumerken, dass gerade ein Ausschluss des § 283 BGB durch § 993 I Hs. 2 BGB auch deshalb kurios anmutete, weil dieser Anspruch bei vollständigem Sachuntergang an die Stelle des Rückgewähranspruchs aus dem Gebrauchsüberlassungsvertrag tritt. Der Rückgewähranspruch könnte aber keinesfalls durch das EBV gesperrt werden – setzt das EBV einen solchen an sich ja sogar voraus (freilich in Gestalt des § 985 BGB) –, sodass fraglich wäre, warum für das Surrogat etwas anderes gelten sollte. Und schließlich spricht gegen eine analoge Heranziehung des EBV noch, dass in diesem Falle die Redlichkeit des Besitzers aufgrund des bestehenden Besitzrechts nicht auf dieses, sondern auf die Befugnis zum Eigenbesitz zu beziehen wäre.⁷⁵ Wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat, wäre dies aber systemwidrig.⁷⁶ Denn das Besitzrecht als herkömmlicher Bezugspunkt der Redlichkeit ist generischer Natur und besteht gerade unabhängig von einer Befugnis zu entsprechendem Verhalten (»nicht-so-berechtigter« Besitzer). Ferner differenziert es nicht zwischen Fremd- und Eigenbesitz (»Aufschwungtheorie«) bzw. beschränkt sich nicht auf eine der Kategorien. Nach alledem ist eine entsprechende Anwendung des § 993 I Hs. 2 BGB auf die vertragliche Haftung des

⁷⁰ Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 16. In Beispiel 2 ist die entsprechende Entscheidung des E dem L ohne Weiteres zurechenbar.

⁷¹ Staudinger/*Gursky*, Neubearb. 2012, Vor §§ 987–993 Rn. 4.

⁷² Köbl Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, 1971, 227.

⁷³ Demgegenüber geht *Wieling* Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, 177 ohne nähere Befassung davon aus, § 993 I Hs. 2 BGB könne auch einer Haftung aus § 280 BGB entgegenstehen.

⁷⁴ MünchKomm-BGB/*Grundmann*, 7. Aufl. 2017, § 276 Rn. 52.

⁷⁵ Siehe bereits Fn. 61.

⁷⁶ Auch das Pendant zur Rechtshängigkeit erwies sich als problematisch, da nach herkömmlicher Sicht nicht jegliche Herausgabeklage (von irgendjemandem) genügt, sondern nur eine begründete, MünchKomm-BGB/*Raff*, 7. Aufl. 2017, § 989 Rn. 2. Mangels Pflicht zur Herausgabe wäre eine solche Klage in der vorliegenden Konstellation aber nicht denkbar.

lediglich zum Fremdbesitz befugten Eigenbesitzers abzulehnen.

L haftet V somit nach §§ 280 I, III, 283 BGB bzw. §§ 280 I, 241 II BGB auf Schadensersatz.

V. Konsequenzen für den Prüfungsaufbau

Angesichts der Ablehnung einer Erstreckung der Sperrwirkung des EBV auf die vertragliche Haftung kann der herkömmliche Prüfungsaufbau an sich beibehalten werden. Problematisch ist insofern freilich, dass dieses Ergebnis keineswegs evident ist und in einer Fallbearbeitung daher zunächst entwickelt werden müsste. Es stellt sich also doch wieder die Frage des angemessenen Aufbaus. Folgt man dem hiesigen Ergebnis einer Ablehnung der Sperrwirkung, so erscheint es angesichts der Verquickung der entsprechenden Prüfung mit den Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung legitim, dem Aufbau des vorliegenden Beitrages entsprechend zunächst die vertragliche Haftung

grundsätzlich zu bejahen, um sodann deren potentiellen Ausschluss durch § 993 I Hs. 2 BGB zu prüfen, aber letztlich abzulehnen. Aufbaufragen sind aber stets lediglich solche der Zweckmäßigkeit, sodass durchaus auch direkt als erster Prüfungspunkt des vertraglichen Schadensersatzanspruchs dessen Anwendbarkeit thematisiert werden könnte. Das würde freilich eine umfangreiche Inzidentprüfung bedingen und das Gutachten sehr kopflastig machen.

VI. Ergebnis

§ 993 I Hs. 2 BGB findet auf die vertragliche Haftung des lediglich zum Fremdbesitz befugten Eigenbesitzers keine (entsprechende) Anwendung. Auch ein gutgläubig auf seine Eigentümerstellung vertrauender Besitzer sieht sich bei Beschädigung der Sache daher einer vertraglichen Schadensersatzhaftung ausgesetzt, sofern ihm hinsichtlich der Vertragsverletzung Fahrlässigkeit anzulasten ist. Dies setzt allerdings voraus, dass das (Fort-)Bestehen des Vertrages samt der entsprechenden Verpflichtung für ihn erkennbar war.