

TUTORIUM ZIVILRECHT IN DER MITTELPHASE

WINTERSEMESTER 2017/2018

FALL 5

„Das Geburtstagsgeschenk“

Kunsthändler Kindermann (K) betreibt eine florierende Kunstgalerie. Da er selber viel unterwegs ist, hat er als Assistenten Tretter (T) angestellt, der für die Ein- und Verkäufe zuständig und bevollmächtigt ist.

Am 20. Oktober kommt die Seniorin Halber (H) mit einem Gemälde in die Galerie und erklärt dem einzig anwesenden Tretter, sie wolle ein mitgebrachtes Kunstwerk des jungen Künstlers Olgi zum Preis von 1.000 € veräußern. Tretter erklärt sich mit dem Kauf einverstanden und zahlt den Betrag, worauf ihm Halber das Bild übergibt.

Am nächsten Tag spricht Tretter mit seinem Chef Kindermann und bietet ihm an, das Bild für einen Preis von 1.300 € selbst zu erwerben. Kindermann erklärt, dass er das Bild dem Tretter gerne verkaufe und er nun Eigentümer seien solle. Allerdings verlangt Kindermann, dass das Gemälde noch 3 weitere Wochen zur Ausstellung in der Galerie verbleibt und dass Tretter in dieser Zeit das Gemälde weder veräußert noch in sonstiger Weise darüber verfügt. Tretter willigt ein und bezahlt den Preis von 1.300 €.

Der Banker Benning (B) befindet sich am Abend des 22. Oktober gerade auf dem Heimweg, als ihm einfällt, dass er für seine Ehefrau noch kein Geburtstagsgeschenk besorgt hat. Daher beschließt er, vor der Heimkehr noch einen kleinen Umweg zu fahren, um bei dem Kunsthändler Kindermann ein passendes Geschenk zu finden. Als er am Geschäft des Kindermann ankommt, nimmt er den erstbesten Parkplatz, den er findet. In der Eile übersieht er, dass er den Wagen auf der als „Privatparkplatz“ gekennzeichneten Fläche eines Mietshauses abstellt.

Während Benning sich in aller Ruhe die verschiedensten Kunstwerke ansieht, will der Mieter Meier (M) sein Fahrzeug auf dem von ihm gemieteten Stellplatz parken und bemerkt den Wagen des Benning. Nachdem Meier eine Viertelstunde gewartet und einen anderen Parkplatz genutzt hat, lässt er den Wagen von einem Abschleppdienst abschleppen und begleicht die Abschleppkosten iHv 200 €, um sie dann von Benning wieder erstattet zu bekommen.

Nach einigem Suchen entscheidet Benning sich für das Gemälde des Olgi. Tretter, der ein gutes Geschäft wittert, erklärt ihm daraufhin, er selber sei der Eigentümer dieses Bildes. Es werde zurzeit zwar ausgestellt, stehe aber zum Verkauf. Benning findet das plausibel und schließt einen Kaufvertrag mit Tretter. Da das Bild zu groß für den Sportwagen des Benning ist, wird vereinbart, dass Tretter dem Benning das Gemälde liefert. Als Benning die Galerie verlässt, muss er feststellen, dass sein Auto abgeschleppt wurde. Frustriert fährt er mit einem Taxi nach Hause.

Noch am selben Abend nimmt der Tretter das Gemälde und fährt zum Haus des Benning. Dort übergibt er das Gemälde und erhält wie vereinbart den Kaufpreis von 1.900 €.

Als Kindermann einen Tag später von dem Vorfall erfährt, klärt er Benning über die getroffene Abrede auf.

Bearbeitervermerk:

1. Kann Kindermann das Gemälde von Benning herausverlangen?
2. Benning möchte wissen, ob
 - a) Meier berechtigt war, seinen Wagen abschleppen zu lassen und
 - b) Meier tatsächlich von ihm die Kosten iHv 200 € verlangen kann.

Literaturhinweise:

Besitz und Besitzschutz:

- *Röthel/Sparmann* JURA 2005, 456-463

Zum „Abschleppfall“:

- BGH NJW 2009, 2530
- *Pöschke/Sonntag* JuS 2009, 711-716

Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb:

- *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51.

TUTORIUM ZIVILRECHT IN DER MITTELPHASE

WINTERSEMESTER 2017/2018

FALL 5

„Das Geburtstagsgeschenk“

Frage 1: Anspruch des K gegen B auf Herausgabe.....	2
A. Aus § 985 BGB	2
I. Ursprüngliche Eigentumslage.....	2
II. Eigentumserwerb des K nach § 929 S. 1 BGB	2
1. Dingliche Einigung	2
2. Übergabe	2
3. Verfügungsberechtigung.....	3
III. Eigentumsverlust des K an T nach §§ 929 S. 1, 930 BGB	3
1. Dingliche Einigung	3
2. Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnis	3
B. Aus § 861 Abs. 1 BGB	3
I. Früherer Besitz des K	3
II. Derzeitiger Besitz des B	3
III. Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht	3
1. Besitzentziehung	3
2. Verbotene Eigenmacht	4
3. Zurechnung der verbotenen Eigenmacht gegenüber B, § 858 Abs. 2 S. 2 BGB.....	4
C. Aus § 1007 Abs. 1 BGB	4
I. Früherer Besitz des K	4
II. Gegenwärtiger Besitz des B	4
III. Bösgläubigkeit des B	4
1. Besitzrecht des B	4
a) Kaufvertrag	4
b) Eigentumserwerb des B nach § 929 S. 1 BGB	4
aa) Dingliche Einigung & Übergabe	5
bb) Verfügungsberechtigung des T	5
2. Besitzrecht gegenüber K	5
D. Aus § 1007 Abs. 2 BGB	5
E. Aus § 823 Abs. 1 BGB	5
F. Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.....	6
I. Etwas erlangt	6
II. In sonstiger Weise	6
III. Hilfsweise: Auf dessen Kosten	6
Frage 2: Rechtmäßigkeit des Abschleppens	7
A. Berechtigung aus § 859 Abs. 3 BGB	7
I. Besitz des M am Stellplatz	7
II. Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht durch B	7
III. Rechtsfolge: Besitzkehr	7
B. Berechtigung aus § 229 BGB	7
Frage 3: Anspruch des M gegen B auf Ersatz der Abschleppkosten.....	8
A. Aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB	8
I. Fremdes Geschäft.....	8
II. Fremdgeschäftsführungswille	8

III.	Geschäftsführung liegt im Willen und Interesse des Geschäftsherrn	8
IV.	Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willen, § 679 BGB	8
B.	Aus § 823 Abs. 1 BGB	9
I.	Kausale, rechtswidrige und schuldhaftige Verletzungshandlung	9
II.	Ersatzfähiger Schaden.....	9
III.	Mitverschulden.....	9
C.	Aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 858 Abs. 1 BGB	10

Frage 1: Anspruch des K gegen B auf Herausgabe

A. Aus § 985 BGB

K hat gegen B einen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB, wenn K Eigentümer des Gemäldes und B Besitzer ohne Recht zum Besitz ist.

Die Eigentumslage wird üblicherweise wie hier historisch geprüft.

I. Ursprüngliche Eigentumslage

Zunächst war die Seniorin H Eigentümerin des Gemäldes.

II. Eigentumserwerb des K nach § 929 S. 1 BGB

1. Dingliche Einigung

K und H müssen sich dinglich geeinigt haben.

Die Aushändigung des Gemäldes durch H an T war ein konkludentes Übereignungsangebot. Dieses Angebot hat T für K angenommen, indem er das Gemälde entgegen nahm. Als Ein- und Verkäufer war T nach § 54 Abs. 1 HGB zur Abgabe einer solchen Willenserklärung ermächtigt.

Dabei handelte T auch offenkundig iSd § 164 Abs. 2 BGB im Namen des K, da T als Angestellter des K innerhalb dessen Geschäftsräumen handelte (sog. unternehmensbezogenes Geschäft). Die Einigung wirkt somit für und gegen K, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB¹.

K und H haben sich dinglich geeinigt.

2. Übergabe

H muss das Gemälde an K übergeben haben.

Übergabe iSv § 929 S. 1 BGB bedeutet Besitzverlust des Veräußerers und Besitzerwerb des Erwerbers auf Veranlassung des Veräußerers.²

H hat das Gemälde an T ausgehändigt und damit die tatsächliche Sachherrschaft, also den Besitz, verloren.

Dem Anschein nach hat T die tatsächliche Sachherrschaft an dem Gemälde erlangt. Der Besitz ist jedoch K zuzurechnen, wenn T Besitzdiener iSd § 855 BGB ist. Besitzdiener des K ist, wer die tatsächliche Gewalt über das Gemälde für den K in dessen Erwerbsgeschäft ausübt und aufgrund eines Abhängigkeitsverhältnisses den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des K Folge zu leisten hat. T ist als Angestellter im Erwerbsgeschäft des K tätig und steht in einem Anstellungsverhältnis, innerhalb dessen er an die Weisungen des K gebunden ist. Dies war nach außen erkennbar. Damit ist T Besitzdiener. K hat unmittelbaren Besitz über das Gemälde erlangt.

Dies hat H veranlasst.

H hat K das Gemälde übergeben iSd § 929 S. 1 BGB.

¹ Dingliche Einigung durch Stellvertreter: *Koch/Löhnig*, Fälle zum Sachenrecht, 2. Aufl. 2010, S. 16 f., 30 f.

² Palandt/*Bassenge*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 929 Rn. 11.

3. Verfügungsberechtigung

H ist als Eigentümerin Verfügungsberechtigt.

Verfügungsberechtigt iSd § 929ff. BGB ist der Eigentümer oder der kraft Gesetzes zur Verfügung Berechtigte (zB Insolvenzverwalter). Verfügen kann zudem derjenige, der vom Eigentümer oder vom kraft Gesetzes zur Verfügung Berechtigten gem. § 185 Abs. 1 BGB ermächtigt wurde.

K hat damit Eigentum an dem Gemälde erworben, § 929 S. 1 BGB.

III. Eigentumsverlust des K an T nach §§ 929 S. 1, 930 BGB

K wiederum könnte an T nach §§ 929 S. 1, 930 BGB übereignet haben.

§ 929 S.2 BGB oder § 929 S. 1 BGB iVm § 854 Abs. 2 BGB scheiden dagegen aus, da K und T sich nur über einen Eigentumswechsel, aber nicht über einen Wechsel des unmittelbaren Besitzes geeinigt haben.

1. Dingliche Einigung

K und T haben sich geeinigt, dass T Eigentümer werden soll.

2. Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnis

Zudem müssen K und T ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart haben. Bei einem solchen ist der unmittelbare Besitzer nur auf Zeit zum Besitz berechtigt und unterliegt einem Herausgabeanspruch, § 868 BGB³.

Aufgrund des Leihvertrags soll K nur für 3 Wochen zum Besitz des Gemäldes berechtigt sein und es danach wieder herausgeben, § 604 Abs. 1 BGB. Damit haben K und T ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart.

K hat sein Eigentum durch Übereignung nach §§ 929 S. 1, 930 BGB an T verloren.

Ergebnis: K ist nicht Eigentümer des Gemäldes und hat daher keinen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB.

B. Aus § 861 Abs. 1 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes an dem Gemälde nach § 861 Abs. 1 BGB haben.

I. Früherer Besitz des K

K war unmittelbarer Eigenbesitzer, s.o.

II. Derzeitiger Besitz des B

B übt die tatsächliche Sachherrschaft aus und ist damit unmittelbarer Besitzer des Gemäldes.

III. Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht

§ 858 Abs. 1 BGB setzt ferner voraus, dass K der unmittelbare Besitz an dem Gemälde durch verbotene Eigenmacht iSd § 858 Abs. 1 BGB entzogen wurde und B sich die dadurch begründete Fehlerhaftigkeit gem. § 858 Abs. 2 BGB zurechnen lassen muss.

1. Besitzentziehung

Besitzentziehung ist die vollständige und dauerhafte Beseitigung des unmittelbaren Besitzes.

Der unmittelbare Besitzer kann somit keine verbotene Eigenmacht gegenüber dem mittelbaren Besitzer ausüben. Dagegen ist verbotene Eigenmacht des Besitzdieners gegenüber dem Besitz-

³ Zum Erwerb nach § 930 BGB: Weber JuS 1998, 577, 579.

herrn möglich, da der Besitzdiener nicht selbst Besitzer ist, sondern die Sachherrschaft dem Besitzherrn gem. § 855 BGB zugerechnet wird.⁴

Indem T das Gemälde aus der Galerie entfernte und in das Haus des B brachte, hat T nach außen zu erkennen gegeben, dass er den Besitz nicht mehr für K ausübt und einen eigenen Besitzwillen begründet. Dadurch wurde dem K der unmittelbare Besitz entzogen.

2. Verbotene Eigenmacht

T hat verbotene Eigenmacht iSd § 858 Abs. 1 BGB verübt, wenn dieser dem Besitzer K ohne dessen Willen den Besitz entzogen oder ihn im Besitz gestört hat. K hatte ausdrücklich auf den Verbleib in der Galerie bestanden. Das Hinaustragen des Gemäldes geschah damit gegen seinen Willen. Diese Besitzentziehung war weder gesetzlich noch durch Rechtsgeschäft gestattet. Damit hat T verbotene Eigenmacht iSd § 858 Abs. 1 BGB verübt.

3. Zurechnung der verbotenen Eigenmacht gegenüber B, § 858 Abs. 2 S. 2 BGB

Schließlich muss die verbotene Eigenmacht des T dem B als Nachfolger im Besitz gem. § 858 Abs. 2 S. 2, 2. Alt. BGB zuzurechnen sein. Voraussetzung ist, dass B die Fehlerhaftigkeit des Besitzes kannte. Eine (grob) fahrlässige Unkenntnis oder eine nachträgliche Kenntnis genügen nicht.⁵ B erlangte den Besitz, als er das Gemälde von T in Empfang nahm. Zu diesem Zeitpunkt war ihm nicht bekannt, dass T durch verbotene Eigenmacht zum unmittelbaren Besitzer geworden war. Aufgrund des Gesprächs in der Galerie ging B davon aus, dass T als Eigentümer auch die tatsächliche Sachherrschaft ausübt. Die Absprache zwischen K und T war ihm nicht bekannt. Die Aufklärung hierüber durch K erfolgte erst nach Besitzerwerb des B. Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes von T kann B somit nicht gem. § 858 Abs. 2 S. 2 BGB zugerechnet werden.

B ist damit zwar Besitzer des Gemäldes, besitzt dieses gegenüber K indes nicht fehlerhaft.

Ergebnis: K hat keinen Anspruch gegen B auf Herausgabe des Bildes nach § 861 Abs. 1 BGB.

C. Aus § 1007 Abs. 1 BGB

In Frage kommt ferner ein Anspruch des K gegen den B auf Herausgabe nach § 1007 Abs. 1 BGB.

I. Früherer Besitz des K

K hatte das Gemälde bis zur Wegnahme durch T in Besitz.

II. Gegenwärtiger Besitz des B

B ist der gegenwärtige Besitzer des Gemäldes.

III. Bösgläubigkeit des B

B müsste hinsichtlich eines ihm fehlenden Besitzrechts bösgläubig sein, § 1007 Abs. 1 BGB iVm § 932 Abs. 2 BGB analog. Zuerst müsste ihm ein Besitzrecht fehlen. K hat ein Besitzrecht aus Leihvertrag, s.o. Dieses wird jedoch verdrängt, wenn B ein Besitzrecht zusteht und dieses sich gegen das Besitzrecht des K aus Leihvertrag durchsetzt.

1. Besitzrecht des B

a) Kaufvertrag

Ein Besitzrecht aus dem Kaufvertrag (§ 433 BGB) zwischen T und B wirkt nur zwischen diesen beiden Parteien (Relativität der Schuldverhältnisse).

b) Eigentumserwerb des B nach § 929 S. 1 BGB

⁴ Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl. 2016, § 861 Rn. 4.

⁵ Palandt/Bassenge, BGB, 76. Aufl. 2017, § 858 Rn. 7.

Ein Besitzrecht kann sich aber auch aus einem möglichen Eigentum des B ergeben. B könnte mit Aushändigung des Gemäldes Eigentum nach § 929 S. 1 BGB erworben haben.

aa) Dingliche Einigung & Übergabe

T und B haben sich über den Eigentumsübergang geeinigt. T hat durch Aushändigung des Gemäldes an B seinen Besitz daran endgültig verloren und B auf Veranlassung des T unmittelbaren Besitz daran begründet. Eine dingliche Einigung und Übergabe liegen damit vor.

bb) Verfügungsberechtigung des T

T müsste zur Übereignung berechtigt gewesen sein. T war Eigentümer des Gemäldes, s.o. Fraglich ist, ob er aufgrund der Abrede, das Gemälde während der Leihe nicht zu veräußern, Verfügungsberechtigt war. Die Berechtigung zur Verfügung über das Eigentum kann durch Rechtsgeschäft gem. § 137 S. 1 BGB nicht mit Wirkung für oder gegen Dritte ausgeschlossen werden. Damit gilt die Abrede nicht gegenüber B. T war damit gegenüber B Verfügungsberechtigt.

B hat folglich das Eigentum am Gemälde erworben und war zum Zeitpunkt des Besitzerwerbs Eigentümer desselben.

2. Besitzrecht gegenüber K

Fraglich ist, ob sich aus dem Eigentumsrecht des B ein stärkeres Besitzrecht⁶ ableiten lässt als dem Leihvertrag des K.

Der BGH hat in einem Urteil vertreten, dass selbst das Eigentum kein Besitzrecht gegenüber dem Anspruchsteller einräumt, wenn dieser gegenüber dem Rechtsvorgänger aus Vertrag zum Besitz berechtigt gewesen ist.⁷

Dagegen spricht jedoch, dass das Besitzrecht aus dem Leihvertrag nur *inter partes*, also nur gegenüber dem T wirkt. Das Eigentumsrecht des gegenwärtigen Besitzers tritt wegen der Relativität der Schuldverhältnisse nicht hinter einem nur vom Rechtsvorgänger ableitbarem, obligatorischem Besitzrecht des Anspruchstellers zurück.⁸

B hat ein gegenüber K wirkendes Besitzrecht. Damit ist er nicht bösgläubig bzgl. eines fehlenden Besitzrechts.

Ergebnis: K hat daher keinen Anspruch gegen B auf Herausgabe nach § 1007 Abs. 1 BGB.

D. Aus § 1007 Abs. 2 BGB

K könnte einen Herausgabeanspruch nach § 1007 Abs. 2 BGB gegen B haben.

K war der frühere Besitzer des Gemäldes, B ist gegenwärtiger Besitzer.

Das Gemälde müsste dem K abhandengekommen sein. Eine Sache kommt abhanden, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz ohne seinen Willen verliert⁹. Indem T das Gemälde gegen den Willen des K aus der Galerie entfernt hat, wurde K der unmittelbare Besitz entzogen. Das Gemälde ist damit abhandengekommen.

Nach § 1007 Abs. 2 Hs. 2 BGB kann die Herausgabe indes nicht vom derzeitigen Eigentümer verlangt werden. B ist Eigentümer des Gemäldes (s.o.). Somit besteht kein Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB.

E. Aus § 823 Abs. 1 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Besitzeinräumung nach § 823 Abs. 1 BGB haben.

⁶ Zur „stärkeren“ Rechtsposition des früheren Besitzes beim petitorischen Besitzschutz Röthel/Sparmann JURA 2005, 456, 457.

⁷ BGH BeckRS 1952, 31395556.

⁸ Palandt/Bassenge, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1007 Rn. 8; Staudinger/Gursky (2012), BGB, § 1007 Rn. 21.

⁹ Palandt/Bassenge, BGB, 76. Aufl. 2017, § 935 Rn. 3.

§ 823 Abs. 1 BGB schützt auch sonstige Rechte, wenn diese positive Nutzungsrechte und absolute Abwehrbefugnisse umfassen.¹⁰ Der berechtigte Besitz hat Ausschlussfunktion (vgl. §§ 858ff. BGB und gibt ein Nutzungsrecht an der Sache¹¹. Er ist somit von § 823 Abs. 1 BGB geschützt.¹² K kann sein Besitzrecht aus dem Leihvertrag nicht mehr ausüben. Mithin liegt eine Rechtsgutsverletzung vor.

Allerdings hat T und nicht B das Gemälde aus der Galerie entfernt und damit die Ursache für die Rechtsverletzung gesetzt.

K hat folglich gegen B keinen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB.

F. Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des Gemäldes aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB haben.

I. Etwas erlangt

B hat mit dem unmittelbaren Besitz einen Bereicherungsgegenstand, d.h. einen vermögenswerten Vorteil¹³, erlangt.

II. In sonstiger Weise

B müsste das Gemälde in sonstiger Weise, also durch Nichtleistung erlangt haben. B hat das Gemälde von T zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrags und damit durch Leistung erlangt. Mithin ist die Eingriffskondiktion durch die vorrangige Leistungsbeziehung¹⁴ zwischen B und T verdrängt.

III. Hilfsweise: Auf dessen Kosten

Überdies könnte die Eingriffskondiktion an der Bereicherung auf Kosten des K scheitern. Dafür müsste der Schuldner B in den Zuweisungsgehalt eines Rechts des Gläubigers K eingegriffen haben¹⁵. Allein der berechtigte Besitz erzeugt Zuweisungsgehalt¹⁶, weil sonst über die Eingriffskondiktion die Voraussetzungen der §§ 861 Abs. 1, 1007 BGB unterlaufen werden könnten.¹⁷

K war aber nicht gegenüber B zum Besitz berechtigt, s.o. Damit ist die Bereicherung nicht auf Kosten des K geschehen.

Wenn Sie nur ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal prüfen wollen ist es geschickter mit einem „Überdies“-Merkmal zu arbeiten, als ein Hilfsgutachten anzufangen.

Ergebnis: K hat keinen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB gegen B.

¹⁰ Jauernig/Teichmann, BGB, 16. Aufl. 2015, § 823 Rn. 12.

¹¹ BGH NJW 1981, 865, 866; Röthel/Sparmann JURA 2005, 456, 460.

¹² BGH NJW 1981, 865, 866; Röthel/Sparmann JURA 2005, 456, 460.

¹³ BGH NJW 1995, 53, 54.

¹⁴ Palandt/Sprau, BGB, 76. Auflage, 2017, § 812 Rn. 7

¹⁵ BGHZ 82, 299, 306; 107, 117, 120 f.

¹⁶ BGH NJW 1987, 771, 772; BGHZ 167, 312; Palandt/Bassenge, BGB, 76. Aufl 2017, § 861 Rn. 2.

¹⁷ Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 538; Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 861 Rn. 14.

Frage 2: Rechtmäßigkeit des Abschleppens

A. Berechtigung aus § 859 Abs. 3 BGB

M könnte nach § 859 Abs. 3 BGB berechtigt gewesen sein, den Wagen abschleppen zu lassen.

I. Besitz des M am Stellplatz

M übt als Mieter nach der Verkehrsauffassung auch in seiner Abwesenheit den unmittelbaren Besitz am Stellplatz aus.

II. Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht durch B

Der Besitz müsste durch verbotene Eigenmacht entzogen worden sein, § 858 Abs. 1 BGB

Indem B seinen Wagen auf den Parkplatz stellte, entzog¹⁸ der B dem M den unmittelbaren Besitz. Dies geschah auch ohne den Willen des M und ohne Gestattung durch Rechtsgeschäft oder Gesetz.

Mithin hat B den Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen.

III. Rechtsfolge: Besitzkehr

Rechtsfolge ist die Rechtmäßigkeit der Entfernung des Entziehenden aus dem Besitz (Besitzkehr).

Voraussetzung ist, dass das Abschleppen – unabhängig von der Kenntnis der Entziehung – sofort geschieht, § 859 Abs. 3 BGB. Dabei ist nicht unbedingt augenblickliches, aber so schnell wie objektiv mögliches Handeln erforderlich.¹⁹ Ein Zeitraum von bis zu vier Stunden ist jedenfalls angemessen.²⁰ M hat schon nach einer Viertelstunde den Abschleppdienst gerufen und damit sofort iSd § 859 Abs. 3 BGB.

Darüber hinaus muss M den aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB herzuleitenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz²¹ berücksichtigen. Wenn durch die Besitzkehr große Nachteile für die Gegenseite entstehen und andere weniger schwerwiegende Maßnahmen möglich sind, ist die Besitzkehr unverhältnismäßig.²² Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist zu berücksichtigen, dass § 859 ein sofortiges Entsetzen unabhängig vom räumlichen Ausmaß und Umfang der Nutzungsmöglichkeit erlaubt²³.

Mildere Maßnahmen sind nicht ersichtlich. M hat sogar gewartet, bevor er den Pkw des B abschleppen ließ und damit den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt.

Ergebnis: M war mithin nach § 859 Abs. 3 BGB berechtigt, den Wagen des B abschleppen zu lassen.

B. Berechtigung aus § 229 BGB

§ 859 Abs. 3 BGB verdrängt die allgemeinere Regelung der §§ 227ff. BGB.²⁴

¹⁸ *Umstritten:* dafür Lorenz NJW 2009, 1025, 1026, offengelassen BGH NJW 2009, 2530; zustimmend: Gsell, ZJS 2009, 572.

¹⁹ BGH NJW 1967, 46, 48.

²⁰ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 9 Rn. 15 (S. 96).

²¹ BGH NJW 2009, 2530, 2531 mit Anmerkung Gsell, ZJS 2009, 572.

²² BGH NJW 2009, 2530, 2531.

²³ BGH NJW 2009, 2530, 2531.

²⁴ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 9 Rn. 11 (S. 95).

Frage 3: Anspruch des M gegen B auf Ersatz der Abschleppkosten

A. Aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

M könnte gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Abschleppkosten aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB haben.

I. Fremdes Geschäft

Es müsste ein fremdes Geschäft vorliegen. Der Begriff des Geschäfts ist weit zu verstehen und umfasst jede rechtliche wie auch tatsächliche Handlung, also auch das Abschleppen. Fremd ist das Geschäft, wenn es in den Rechts- und Interessenkreis eines Anderen fällt.²⁵ M verfolgt zwar bei der Räumung seines Parkplatzes auch ein eigenes Interesse, B trifft allerdings eine Räumungspflicht nach §§ 861 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB. Somit ist das Abschleppen ein auch fremdes Geschäft²⁶.

II. Fremdgeschäftsführungswille

Fraglich ist, ob M auch einen Fremdgeschäftsführungswillen hat. Im Falle eines auch fremden Geschäfts wird der Fremdgeschäftsführungswille vermutet.²⁷ Die Räumungspflicht des Geschäftsherrn B steht im Vordergrund, in deren Kenntnis M handelte. Er wollte vorrangig diese Räumungspflicht erfüllen, da er fürs erste selbst einen Parkplatz gefunden hatte. Damit handelte er mit Fremdgeschäftsführungswillen.

Ob der Fremdgeschäftsführungswille bei auch-fremden Geschäften tatsächlich vermutet wird, ist hochgradig umstritten. Es ist am geschicktesten die Vermutung am Anfang kurz zu nennen und dann die konkrete Fallgruppe zu diskutieren.

III. Geschäftsführung liegt im Willen und Interesse des Geschäftsherrn

Die Geschäftsführung muss auch im wirklichen oder mutmaßlichen Willen und Interesse des Geschäftsherrn liegen, § 683 S.1 BGB.

Weil der tatsächliche Wille des B nicht festzustellen ist, kommt es auf den mutmaßlichen Willen des B an. Der mutmaßliche Wille orientiert sich in der Regel am objektiven Interesse, muss aber nach den Umständen des Einzelfalls festgestellt werden.²⁸ Der Geschäftsherr B wird von seiner Beseitigungspflicht frei. Damit entspricht das Abschleppen seinem objektiven Interesse.

Allerdings ist eine Abschleppmaßnahme für B nachteilig, da sie mit hohen Kosten verbunden ist.²⁹ Zudem ist es für den Abgeschleppten B mit Aufwand verbunden, sein Kfz wiederzuerlangen und er ist bis dahin auf Taxis und den ÖPNV angewiesen.

Damit entsprach die Geschäftsführung nicht dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn.

IV. Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willen, § 679 BGB

Der entgegenstehende mutmaßliche Wille des B ist unbeachtlich, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

§ 679 BGB setzt ein über die Wahrung der Rechtsordnung hinausgehendes öffentliches Interesse voraus. Denkbar ist ein öffentliches Interesse an der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und

²⁵ Palandt/Sprau, BGB 76. Aufl. 2017, § 677 Rn. 3.

²⁶ Zur GoA: Pöschke/Sonntag JuS 2009, 711, 712.

²⁷ BGH NJW-RR 2004, 81, 82 m.w.N.; Bamberger/Roth/Gehrlein, 3. Aufl 2012, § 677 Rn. 15.

²⁸ Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl. 2017, § 683 Rn. 5.

²⁹ Pöschke/Sonntag JuS 2009, 711, 713.

Ordnung, wenn das unberechtigte Abstellen in Feuerwehruzufahrten erfolgt oder andere bau- oder verkehrsrechtliche Vorschriften dem Parken entgegenstehen³⁰.

Es handelte es sich lediglich um die Wahrung privater (Besitz-) Rechte. Ein besonderes öffentliches Interesse liegt nicht vor.

Die GoA war unberechtigt.

Ergebnis: Es besteht kein Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB.

B. Aus § 823 Abs. 1 BGB

B könnte aber gegenüber K gem. § 823 Abs. 1 BGB verpflichtet sein, die Abschleppkosten zu erstatten.

I. Kausale, rechtswidrige und schuldhafte Verletzungshandlung

Der berechtigte Besitz ist ein sonstiges Recht iSd § 823 Abs. 1 BGB (s. o.). B hat durch das unberechtigte Abstellen des Kfz auf dem Parkplatz des M dessen Besitz entzogen und damit seinen berechtigten Besitz verletzt. Die Rechtswidrigkeit wird bei positiven Tun durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert.³¹

Bei dem Parken auf dem erstbesten Parkplatz handelte B zumindest fahrlässig iSd § 276 Abs. 2 BGB und somit schuldhaft.

II. Ersatzfähiger Schaden

Rechtsfolge des § 823 Abs. 1 BGB ist der Ersatz des durch die Rechtsgutverletzung hervorgerufenen Schadens. Dabei ist gem. § 249 Abs. 1 BGB der Zustand herzustellen, der ohne das haftungsbegründende Ereignis bestünde (Differenzhypothese).

Das ist u.U. nicht der Zustand vor der Rechtsgutverletzung, sondern der fiktive Zustand, der ohne die Rechtsgutverletzung bestünde.

Der Schaden besteht in den Kosten der Beseitigung der Besizzentziehung durch das Abstellen des, mithin in den Abschleppkosten. Diese sind äquivalent und adäquat kausal durch die Rechtsgutverletzung entstanden. Zudem müsste der Schaden auch in den Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB fallen.³² Das Abschleppen muss in engem Zusammenhang mit dem unberechtigten Abstellen des B stehen und nicht nur das Abstellen als äußeren Anlass nehmen.³³ Das Gesetz selbst stellt diesen Zusammenhang her, indem es dem Geschädigten M in § 859 Abs. 3 BGB ein Selbsthilferecht zubilligt.³⁴ Der Geschädigte M darf auch Dritte beauftragen, um das Abschleppen zu vollziehen. Damit besteht der Schutzzweckzusammenhang.

Die Abschleppkosten iHv 200€ sind gem. § 251 Abs. 1 BGB ersatzfähig.

III. Mitverschulden

Ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit gem. § 254 Abs. 2 S.1 BGB liegt nicht vor, weil der Besitzer nach § 859 Abs. 3 BGB zur sofortigen und kostenfreien Selbsthilfe berechtigt ist³⁵.

Ergebnis: M hat damit einen Anspruch auf Ersatz der Abschleppkosten aus § 823 Abs. 1 BGB gegen K iHv 200€.

³⁰ Lorenz NJW 2009, 1025, 1027, der ein öffentliches Interesse z.B. bei Parkplätzen von Einkaufszentren bejaht; aA insoweit Pöschke/Sonntag JuS 2009, 711, 713.

³¹ Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl. 2017, § 823 Rn. 25

³² BGH NJW 2009, 2530, 2531 mit Anmerkung Schmidt JuS 2009, 762 f.; Schwarz/Ernst NJW 1997, 2550, 2552.

³³ BGH NJW 2009, 2530, 2531.

³⁴ BGH NJW 2009, 2530, 2531.

³⁵ Lorenz NJW 2009, 1025, 1026.

C. Aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 858 Abs. 1 BGB

M könnte auch einen Anspruch auf Erstattung der Kosten aus § 823 Abs. 2 BGB haben.

Voraussetzung ist ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz. Ein Schutzgesetz ist jede Rechtsnorm, die zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen.³⁶ Als Schutzgesetz kommt § 858 Abs. 1 BGB in Betracht.

§ 858 Abs. 1 BGB ist als provisorischer Schutz ausgestaltet, der selbst für einen unrechtmäßigen Besitzer greift. In erster Linie soll § 858 Abs. 1 BGB die gewaltsame Durchsetzung eines Besitzrechts verhindern.³⁷ Allerdings schützt § 858 Abs. 1 BGB gerade nicht nur den Besitz im Allgemeinen sondern den konkreten Besitzer.³⁸ Es ist ausreichend, wenn eine Norm primär dem Allgemeininteresse dient und nur sekundär den Einzelnen schützen will.³⁹ Zwar ist es möglich, die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB über § 823 Abs. 2 BGB zu unterlaufen, dafür reicht es aber den Schutz auf den berechtigten Besitz einzuschränken.⁴⁰

§ 858 Abs. 1 BGB ist damit für berechtigten Besitzer M ein Schutzgesetz.

Lernen Sie diesen Streit nicht auswendig! Wichtiger ist es, die grundsätzlichen Kriterien für die Schutzgesetzeigenschaft zu kennen und in der Klausur damit zu argumentieren.

B hat dieses durch das Abstellen seines Kfz rechtswidrig und schuldhaft verletzt. Ersatzfähiger Schaden sind gem. § 251 Abs. 1 BGB die Abschleppkosten iHv 200€, s.o.

Ergebnis: M hat gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Abschleppkosten nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 858 Abs. 1 BGB iHv 200€.

³⁶ Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, § 823 Rn. 57-58.

³⁷ Staudinger/Gutzeit (2012), BGB, § 858 Rn. 1

³⁸ RGZ 59, 326, 328.

³⁹ Palandt/Sprau, 76. Aufl 2017,

⁴⁰ Medicus/Petersen, 25. Aufl. 2015, Rn. 621