

TUTORIUM ZIVILRECHT IN DER MITTELPHASE

WINTERSEMESTER 2020/21

FALL 10

„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	4
I. Früherer Besitz des K.....	4
II. Derzeitiger Besitz des B	4
III. Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht.....	4
1. Besitzentziehung.....	4
2. Verbotene Eigenmacht.....	4
3. Zurechnung der verbotenen Eigenmacht gegenüber B, § 858 Abs. 2 S. 2 BGB.....	4
C. Aus § 1007 Abs. 1 BGB	5
I. Früherer Besitz des K.....	5
II. Gegenwärtiger Besitz des B	5
III. Bösgläubigkeit des B	5
1. Besitzrecht des B	5
a) Kaufvertrag.....	5
b) Eigentumserwerb des B nach § 929 S. 1 BGB	5
aa) Dingliche Einigung & Übergabe.....	5
bb) Verfügungsberechtigung des T	5
2. Besitzrecht gegenüber K.....	6
IV. Ergebnis.....	6
D. Aus § 1007 Abs. 2 BGB	6
E. Aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB	6
F. Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.....	7
I. Etwas erlangt.....	7
II. In sonstiger Weise	7
III. Hilfsweise: Auf dessen Kosten	7
IV. Ergebnis.....	7
Frage 2: Rechtmäßigkeit des Abschleppens	8
A. Berechtigung aus § 859 Abs. 3 BGB	8
I. Besitz des M am Stellplatz.....	8
II. Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht durch B	8
III. Rechtsfolge: Besitzkehr.....	8
IV. Ergebnis.....	8
B. Berechtigung aus § 229 BGB	9

Frage 3: Anspruch des M gegen B auf Ersatz der Abschleppkosten.....	10
A. Aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB	10
I. Fremdes Geschäft.....	10
II. Fremdgegeschäftsführungswille	10
III. Geschäftsführung liegt im Willen und Interesse des Geschäftsherrn	10
IV. Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willen, § 679 BGB.....	10
V. Ergebnis	11
B. Aus § 823 Abs. 1 BGB	11
I. Kausale, rechtswidrige und schuldhaft Verletzungshandlung	11
II. Rechtsfolge: Schadensersatz, §§ 249 ff. BGB	11
1. Ermittlung des Schadens nach der Differenzhypothese	11
2. Art und Umfang des Schadensersatzes	12
3. Mitverschulden	12
III. Ergebnis.....	12
C. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 858 Abs. 1 BGB	12
D. Ergebnis.....	12

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, § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB.

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 von K zur Abgabe einer solchen Willenserklärung ermächtigt worden. Auf § 54 HGB kommt es daher nicht an.

Dabei handelte T auch offenkundig i.S.d. § 164 Abs. 1 S. 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 somit dinglich geeinigt.

2. Übergabe

H muss das Gemälde an K übergeben haben.

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

¹ Zur dinglichen Einigung durch Stellvertreter vgl. auch *Koch/Löhnig*, Fälle zum Sachenrecht, 2. Aufl. 2010, S. 16 f., 30 f.

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

Auf den ersten Blick hat T die tatsächliche Sachherrschaft an dem Gemälde erlangt. Der Besitz ist jedoch K zuzurechnen, wenn T Besitzdiener i.S.d. § 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 somit unmittelbaren Besitz an dem Gemälde erlangt.

Dies hat H veranlasst.

H hat K das Gemälde folglich i.S.d. § 929 S. 1 BGB übergeben.

3. Verfügungsberechtigung

H ist als Eigentümerin Verfügungsberechtigt.

Verfügungsberechtigt i.S.d. §§ 929 ff. 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 i.V.m. § 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.

² Palandt/Bassenge, BGB, 79. Aufl. 2020, § 929 Rn. 11.

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

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 i.S.d. § 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 Besitzherrn 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 i.S.d. § 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 i.S.d. § 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 er-

⁴ Palandt/Bassenge, BGB, 79. Aufl. 2020, § 861 Rn. 4.

⁵ Palandt/Bassenge, BGB, 79. Aufl. 2020, § 858 Rn. 7.

folgte 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 i.V.m. § 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

Ein Besitzrecht kann sich aber auch aus einem möglichen Eigentum des B ergeben. B könnte mit Aushändigung des Gemäldes durch T 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 aus 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.

IV. 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.¹⁰ 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, 249 Abs. 1 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Besitzeinräumung nach §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB haben.

§ 823 Abs. 1 BGB schützt auch sonstige Rechte, wenn diese positive Nutzungsrechte und absolute Abwehrbefugnisse umfassen.¹¹ Der berechtigte Besitz hat Ausschlussfunktion (vgl. §§ 858 ff. BGB) und gibt ein Nutzungsrecht an der Sache¹². Er ist somit von § 823 Abs. 1 BGB geschützt.¹³ K kann sein Besitzrecht aus dem Leihvertrag nicht mehr ausüben. Mithin liegt eine Rechtsgutsverletzung vor.

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

⁷ BGH BeckRS 1952, 31395556.

⁸ Palandt/Bassenge, BGB, 79. Aufl. 2020, § 1007 Rn. 8 m.w.N.

⁹ Palandt/Bassenge, BGB, 79. Aufl. 2020, § 935 Rn. 3.

¹⁰ A.A. vertretbar. Ausführlich zu der umstrittenen Frage, ob in der weisungswidrigen, aber freiwilligen Weggabe durch den Besitzdiener ein Abhandenkommen des Besitzherrn zu sehen ist, Fall 5 „Die Machenschaften der zwei Brüder“ m.w.N. Bearbeiter, die hier auf den Meinungsstreit eingehen bzw. eine a.A. vertreten, können den Streit im Ergebnis dahinstehen lassen. Denn nach § 1007 Abs. 2 Hs. 2 BGB kann die Herausgabe nicht vom derzeitigen Eigentümer verlangt werden. B ist aber Eigentümer des Gemäldes (s.o.). Somit besteht jedenfalls aus diesem Grund kein Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB.

¹¹ Vgl. etwa MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 303 m.w.N.

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

¹³ BGH NJW 1981, 865, 866; Röthel/Sparmann, JURA 2005, 456, 460.

Allerdings hat T und nicht B das Gemälde aus der Galerie entfernt und damit die Ursache für die Rechtsverletzung gesetzt.¹⁴

K hat folglich gegen B keinen Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 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 Vorteil¹⁵, erlangt.

II. In sonstiger Weise

B müsste den Besitz an dem Gemälde in sonstiger Weise, also durch Nichtleistung erlangt haben. B hat den Besitz an dem Gemälde von T zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrags und damit durch Leistung erlangt. Mithin ist die Eingriffskondiktion durch die vorrangige Leistungsbeziehung¹⁶ 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 haben¹⁷. Allein der berechtigte Besitz erzeugt Zuweisungsgehalt¹⁸, weil sonst über die Eingriffskondiktion die Voraussetzungen der §§ 861 Abs. 1, 1007 BGB unterlaufen werden könnten.¹⁹

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.

IV. Ergebnis

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

¹⁴ Bearbeiter, die mit entsprechender Begründung vertretbarerweise eine Zurechnung zu B bejahen, müssen §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB jedenfalls wegen fehlenden Verschuldens des B verneinen.

¹⁵ BGH NJW 1995, 53, 54.

¹⁶ Ausführlich und übersichtlich zum Vorrang der Leistungsbeziehung (= Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion) und den Ausnahmen *Grigoleit/Auer*, Bereicherungsrecht, 2. Auflage 2016, Rn. 414 ff. m.w.N.

¹⁷ BGHZ 82, 299, 306; 107, 117, 120 f.

¹⁸ BGH NJW 1987, 771, 772; BGHZ 167, 312; Palandt/Bassenge, BGB, 79. Aufl 2020, § 861 Rn. 2.

¹⁹ BeckOK BGB/Fritzsche, 56. Ed. 1.11.2020, BGB § 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, entzog²⁰ 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.²¹ Ein Zeitraum von bis zu vier Stunden ist jedenfalls angemessen.²² M hat schon nach einer Viertelstunde den Abschleppdienst gerufen und damit sofort i.S.d. § 859 Abs. 3 BGB.

Darüber hinaus muss M den aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB herzuleitenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz²³ berücksichtigen. Wenn durch die Besitzkehr große Nachteile für die Gegenseite entstehen und andere weniger schwerwiegende Maßnahmen möglich sind, ist die Besitzkehr unverhältnismäßig.²⁴ Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist zu berücksichtigen, dass § 859 Abs. 3 BGB ein sofortiges Entsetzen unabhängig vom räumlichen Ausmaß und Umfang der Nutzungsmöglichkeit erlaubt²⁵.

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

IV. Ergebnis

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

²⁰ Umstritten: dafür Lorenz, NJW 2009, 1025, 1026, offengelassen BGH NJW 2009, 2530; zustimmend: Gsell, ZJS 2009, 572.

²¹ BGH NJW 1967, 46, 48.

²² Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 9 Rn. 15 (S. 96).

²³ BGH NJW 2009, 2530, 2531 mit Anmerkung Gsell, ZJS 2009, 572.

²⁴ BGH NJW 2009, 2530, 2531.

²⁵ BGH NJW 2009, 2530, 2531.

B. Berechtigung aus § 229 BGB

§ 859 Abs. 3 BGB verdrängt die allgemeineren Regelungen der §§ 227 ff. BGB.²⁶

²⁶ *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.²⁷ 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 Geschäft²⁸.

II. Fremdgeschäftsführungswille

Fraglich ist, ob M auch einen Fremdgeschäftsführungswillen hat. Im Falle eines auch fremden Geschäfts wird der Fremdgeschäftsführungswille nach der Rechtsprechung regelmäßig vermutet.²⁹ 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.³⁰ 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.³¹ Zudem ist es für den Abgeschleppten B mit Aufwand verbunden, sein Kfz wiederzuerlangen und er ist bis dahin auf Taxis bzw. 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.

²⁷ Palandt/Sprau, BGB 79. Aufl. 2020, § 677 Rn. 3.

²⁸ Zur GoA: Pöschke/Sonntag, JuS 2009, 711, 712.

²⁹ Vgl. BGH NJW-RR 2004, 81, 82; BeckOK BGB/Gehrlein, 56. Ed. 1.11.2020, BGB § 677 Rn. 15-16 m.w.N.

³⁰ Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, § 683 Rn. 5.

³¹ Pöschke/Sonntag, JuS 2009, 711, 713.

§ 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 Ordnung, wenn das unberechtigte Abstellen in Feuerwehruzufahrten erfolgt oder andere bau- oder verkehrsrechtliche Vorschriften dem Parken entgegenstehen³².

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

Die GoA war unberechtigt.

V. Ergebnis

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

B. Aus § 823 Abs. 1 BGB

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

I. Kausale, rechtswidrige und schuldhafte Verletzungshandlung

Der berechtigte Besitz ist ein sonstiges Recht i.S.d. § 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 einem positiven Tun durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert.³³

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

II. Rechtsfolge: Schadensersatz, §§ 249 ff. BGB

Rechtsfolge des § 823 Abs. 1 BGB ist der Ersatz des durch die Rechtsgutverletzung hervorgerufenen Schadens gem. §§ 249 ff. BGB.

1. Ermittlung des Schadens nach der Differenzhypothese

Nach der Differenzhypothese ist dabei der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, vgl. § 249 Abs. 1 BGB.

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

Hätte B seinen Pkw nicht auf dem Parkplatz des M abgestellt, wären keine Abschleppkosten entstanden. Diese Abschleppkosten sind äquivalent und adäquat kausal durch die Rechtsgutverletzung entstanden. Zudem müsste der Schaden auch in den Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB fallen (Schutzbereich der Norm bzw. normative Zurechnung).³⁴ Das Abschleppen muss hierfür in engem Zusammenhang mit dem unberechtigten Abstellen des B stehen und nicht nur das Abstellen als äußeren Anlass nehmen.³⁵ Das Gesetz selbst stellt diesen Zusammenhang her, indem es dem Geschädigten M in § 859 Abs. 3 BGB ein Selbsthilferecht zubilligt.³⁶ Der Geschädigte M darf auch Dritte beauftragen, um

³² Lorenz, NJW 2009, 1025, 1027, der ein öffentliches Interesse z.B. bei Parkplätzen von Einkaufszentren bejaht; aA insoweit Pöschke/Sonntag, JuS 2009, 711, 713.

³³ Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, § 823 Rn. 25.

³⁴ BGH NJW 2009, 2530, 2531 mit Anmerkung Schmidt, JuS 2009, 762 f.; Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550, 2552.

³⁵ BGH NJW 2009, 2530, 2531.

³⁶ BGH NJW 2009, 2530, 2531.

das Abschleppen zu vollziehen. Damit besteht der Schutzzweckzusammenhang (Fallgruppe Herausforderungsfälle³⁷).

2. Art und Umfang des Schadensersatzes

Die Abschleppkosten i.H.v. 200€ sind gem. § 251 Abs. 1 BGB ersatzfähig.

3. Mitverschulden

Ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobligiertheit gem. § 254 Abs. 2 S. 1 BGB liegt nicht vor, weil der Besitzer nach § 859 Abs. 3 BGB zur sofortigen und kostenfreien Selbsthilfe berechtigt ist³⁸.

III. Ergebnis

M hat damit einen Anspruch auf Ersatz der Abschleppkosten aus §§ 823 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB gegen K i.H.v. 200€.

C. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 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.³⁹ 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.⁴⁰ Allerdings schützt § 858 Abs. 1 BGB gerade nicht nur den Besitz im Allgemeinen, sondern den konkreten Besitzer.⁴¹ Es ist ausreichend, wenn eine Norm primär dem Allgemeininteresse dient und nur sekundär den Einzelnen schützen will.⁴² Zwar ist es möglich, die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB über § 823 Abs. 2 BGB zu unterlaufen. Um dies zu vermeiden, reicht es aber aus, den Schutz auf den berechtigten Besitz zu begrenzen.⁴³

§ 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 Schutzgesetz durch das Abstellen seines Kfz rechtswidrig und schuldhaft verletzt. Ersatzfähiger Schaden sind gem. § 251 Abs. 1 BGB die Abschleppkosten i.H.v. 200€, s.o.

D. Ergebnis

M hat gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Abschleppkosten nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 858 Abs. 1 BGB i.H.v. 200€.

³⁷ S. allgemein zur Fallgruppe der sog. Herausforderungsfälle *Grigoleit/Riehm*, Delikts- und Schadensrecht, Rn. 108 ff., 766 ff. m.w.N.

³⁸ *Lorenz*, NJW 2009, 1025, 1026.

³⁹ Palandt/*Sprau*, BGB, 79. Aufl. 2020, § 823 Rn. 57-58.

⁴⁰ Vgl. hierzu im Einzelnen etwa MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 858 Rn. 1 i.V.m. § 854 Rn. 17 ff. m.w.N.

⁴¹ RGZ 59, 326, 328.

⁴² Vgl. zuletzt BGH NJW 2020, 1962 Rn. 73; 2020, 1517 Rn. 34; vgl. dazu insgesamt auch BeckOK BGB/Förster, 56. Ed. 1.11.2020, BGB § 823 Rn. 275 m.w.N.

⁴³ Vgl. *Medicus/Petersen*, 27. Aufl. 2019, Rn. 621.

Zur Vertiefung (Umfang zu ersetzender Kosten):

- BGH NJW 2014, 3727
- OLG Saarbrücken BeckRS 2019, 17092