

## Unterschlagung eines Autos bei Probefahrt

stud. iur. Jari Kohne

BGH V ZR 8/19

§§ 929 S. 1, 932, 935; § 952; § 985 BGB

### Sachverhalt (gekürzt)

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

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

Hat A gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs? Hat K gegen A einen Anspruch auf Herausgabe der Original-Fahrzeugpapiere und des zweiten Fahrzeugschlüssels?

### EINORDNUNG

Im Jahr 2017 hatte der BGH zuletzt Gelegenheit, sich ausführlich zu besitzrechtlichen Problemen im Rahmen einer Probefahrt zu äußern.<sup>1</sup> An diese Entscheidung „Probefahrt nach Reparatur“ knüpfte er nun in vielen Punkten an. Darüber hinausgehend war der Senat nun aber auch gezwungen, zu der bislang immer ausdrücklich offen gelassenen Frage Stellung zu beziehen, in welchem besitzrechtlichen Verhältnis ein Probefahrender zum Autohändler steht. Hier von hängt ab, ob dem Autohändler das Fahrzeug abhanden gekommen ist, wenn der Probefahrende nie von der

Probefahrt zurückkehrt. Dies wiederum ist entscheidend für die Frage, ob ein gutgläubiger Eigentumserwerb an dem Fahrzeug möglich ist.

Zudem bietet das Urteil Gelegenheit zu wiederholen, welches Maß an Sorgfalt einem Erwerber abverlangt wird, um als „gutgläubig“ i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB zu gelten.

### LEITSÄTZE

1. Ein Kaufinteressent, der eine Probefahrt mit einem Kraftfahrzeug unternimmt, ist nicht Besitzdiener des Verkäufers.

<sup>1</sup> BGH NJW-RR 2017, 818.

2. Die Überlassung eines Kraftfahrzeugs durch den Verkäufer zu einer unbegleiteten und auch nicht anderweitig überwachten Probefahrt eines Kaufinteressenten auf öffentlichen Straßen für eine gewisse Dauer (hier eine Stunde) ist keine Besitzlockerung, sondern führt zu einem freiwilligen Besitzverlust.

3. Wird das Fahrzeug in einem solchen Fall nicht zurückgegeben, liegt daher kein Abhandenkommen im Sinne des § 935 BGB vor.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch A gegen K auf Herausgabe des Fahrzeugs aus § 985 BGB

I. Eigentum der A

1. Einigung

2. Übergabe und Einigsein

3. Berechtigung

4. Überwindung fehlender Berechtigung nach § 932 BGB

a) Gutgläubigkeit des Erwerbers

**b) Kein Abhandenkommen**

aa) Ursprünglicher Besitz

**bb) Besitzverlust**

(1) Begeben eigener Einwirkungsmöglichkeit

**(2) Dauer**

(3) Zuordnung der Verkehrsanschauung nach Umständen des Einzelfalls

**(4) Bloße Besitzdienerschaft**

cc) Freiwilligkeit des Besitzverlusts

II. Ergebnis

B. Anspruch K gegen A auf Herausgabe der Fahrzeugpapiere aus § 985 BGB

C. Anspruch K gegen A auf Herausgabe des zweiten Fahrzeugschlüssels aus § 985 BGB

### A. Anspruch A gegen K auf Herausgabe des Fahrzeugs aus § 985 BGB

A könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs aus § 985 BGB haben.

### I. Eigentum der A

Hierfür müsste A Eigentümerin des Fahrzeugs sein. Ursprünglich war A Eigentümerin des Fahrzeugs. Allerdings könnte A ihr Eigentum an dem Fahrzeug verloren haben, indem M das Fahrzeug gem. § 929 S. 1 BGB an K veräußerte, so dass diese Eigentümerin des Fahrzeugs wurde.

### 1. Einigung

M und A haben sich gem. § 929 Abs. 1 S. 1 BGB über den Übergang des Eigentums an dem Fahrzeug geeinigt.

### 2. Übergabe und Einigsein

M hat A i.S.v. § 854 Abs. 1 BGB unmittelbaren Besitz am Fahrzeug verschafft und dieses somit übergeben. Die Einigkeit über den Eigentumsübergang bestand im Zeitpunkt der Übergabe auch noch fort.

### 3. Berechtigung

Fraglich ist allerdings, ob M zur Verschaffung des Eigentums berechtigt war. Berechtigt in diesem Sinne ist, wer verfügbefugt ist.<sup>2</sup> Grundsätzlich verfügbefugt ist gem. § 903 S. 1 BGB der Eigentümer. Daneben kann sich eine Verfügbefugnis aus Gesetz oder einer Ermächtigung i.S.v. § 185 BGB ergeben.<sup>3</sup> M war hier weder Eigentümer noch Insolvenzverwalter oder Testamentsvollstrecker. Auch war er nicht gem. § 185 Abs. 1 BGB von A zur Verfügung über das Fahrzeug ermächtigt. Damit handelte er als Nichtberechtigter.

### 4. Überwindung fehlender Berechtigung nach § 932 BGB

Diese fehlende Berechtigung könnte aber möglicherweise nach § 932 BGB überwunden werden.

#### a) Gutgläubigkeit der K

Hierfür müsste K zunächst gutgläubig gewesen sein. Gem. § 932 Abs. 2 BGB ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. K war nicht bekannt, dass M nicht der Eigentümer des Fahrzeugs war. Fraglich ist, ob ihr die fehlende Eigentümerstellung des M in Folge grober Fahrlässigkeit verborgen geblieben ist.

Gesetzlich definiert ist in § 276 Abs. 2 BGB lediglich der Tatbestand einfacher Fahrlässigkeit, den erfüllt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Für grobe Fahrlässigkeit wird verschärfend ein außergewöhnlich

<sup>2</sup> Prütting, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 15. Aufl. 2020, § 929 Rn. 11.

<sup>3</sup> Ebd.

schwerer Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verlangt, der vorliegt, wenn dasjenige außer Acht gelassen wird, was im konkreten Fall schlechterdings jedem hätte einleuchten müssen.<sup>4</sup> Dabei darf der Erwerber grundsätzlich auf die Eigentümerstellung des Veräußernden vertrauen (vgl. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB).<sup>5</sup> Nachforschungspflichten entstehen nur, wenn besondere Umstände vorliegen, die die Wirkung des durch Besitzverschaffungsmacht begründeten Rechtsscheins des Eigentums erschüttern.<sup>6</sup> Auch für den hier gegebenen sogenannten „Straßenverkauf“ gilt im Grundsatz nichts anderes.<sup>7</sup> Beim Erwerb gebrauchter Kraftfahrzeuge liegen solche Umstände etwa vor, wenn die Zulassungsbescheinigung Teil II (früher Fahrzeugbrief) nicht vorgezeigt wird<sup>8</sup> oder ein vom Veräußernden personenverschiedener letzter<sup>9</sup> oder sogar überhaupt kein Halter<sup>10</sup> eingetragen ist.

**Anmerkung:** Der BGH verlangt für den gutgläubigen Erwerb gebrauchter Kraftfahrzeuge als Mindestvoraussetzung<sup>1</sup>, dass sich der Erwerber die Zulassungsbescheinigung Teil II vorzeigen lässt. So soll selbst der Umstand, dass das Verkaufsgespräch in den repräsentativen Büroräumen einer überregional bekannte Autohändlerin stattfindet, welche erklärt, der Fahrzeugbrief befände sich noch bei der Bank, werde aber unverzüglich übersandt, nicht über die Erschütterung des guten Glaubens durch das Fehlen der Zulassungsbescheinigung Teil II hinweghelfen.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Krit. Klinck, in: BeckOGK zum BGB, Stand: 01.01.2021, 932 Rn. 47.  
<sup>2</sup> BGH NJW 2006, 3488 (Rn. 17).

Auch, wenn der Verkäufer weitere Fahrzeugpapiere<sup>11</sup> oder den zweiten Fahrzeugschlüssel<sup>12</sup> nicht übergeben kann oder ein neuwertiges Fahrzeug weit unter Listenpreis angeboten wird<sup>13</sup>, kann eine Nachforschungspflicht des Erwerbers entstehen.

#### aa) Gefälschte Zulassungsbescheinigung

Vorliegend könnte der Rechtsschein des Eigentums durch den Umstand erschüttert worden sein, dass eine gefälschte Zulassungsbescheinigung (Teil I und II) vorgelegt wurde. Allerdings führt eine gefälschte Zulassungsbescheinigung nur dann zum Verlust des guten Glaubens, wenn die Fälschung erkennbar ist.<sup>14</sup> Das kann etwa bei auffälligen Schreibfehlern, in falscher Reihenfolge ausgefüllten Formularfeldern oder der Eintragung eines anderen als des Kaufgegenständlichen Fahrzeugtyps<sup>15</sup> der Fall sein. Auch wenn das Dokument ein durch Radieren verursachtes Loch<sup>16</sup> aufweist oder mehrere Angaben unkenntlich machende Tintenklecke enthält, welche zudem noch eine andere Farbe haben als die für die Eintragungen verwendete Tinte<sup>17</sup>, muss der Erwerber misstrauisch werden. Die hier von M vorgelegte Fälschung war auf gestohlenen Original-Vordrucken angefertigt. Verdächtige Umstände liegen nicht vor. Damit war die Fälschung für K nicht erkennbar. Der Rechtsschein des Eigentums ist daher nicht durch die gefälschte Zulassungsbescheinigung Teil II erschüttert worden.

**Anmerkung:** Zu den Umständen, die das Vertrauen des Erwerbers in die Eigentümerstellung eines Gebrauchtwagenverkäufers erschüttern können, hat sich mittlerweile eine umfangreiche Kasuistik herausgebildet. Es empfiehlt sich hier die Lektüre einschlägiger Kommentarliteratur (etwa Oechsler, in: MüKO BGB (Fn. 5), § 932 Rn. 55ff.), um ein Gefühl dafür zu bekommen, wann ein „Aufdrängen“ verdächtiger Umstände angenommen werden kann. Lehrreich, da trotz Kumulation einer Vielzahl verdächtiger Umstände im Ergebnis einen gutgläubigen Erwerb bejahend OLG München, Urteil vom 26.05.2011 – 23 U 434/11.

<sup>4</sup> St. Rspr. seit BGHZ 10, 14 (juris-Rn. 9); BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 28); Klinck, in: BeckOGK zum BGB, Stand: 01.01.2021, § 932 Rn. 36 m.w.N.

<sup>5</sup> Oechsler, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2020, § 932 Rn. 43.

<sup>6</sup> Ebd., Rn. 44.

<sup>7</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 30).

<sup>8</sup> St. Rspr., etwa BGH NJW 1996, 2226 (2227) m.w.N.; BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 29).

<sup>9</sup> OLG Hamm NJW-RR 1989, 890.

<sup>10</sup> BGH NJW 1994, 2022 (2023).

<sup>11</sup> OLG Koblenz NJW-RR 2011, 555 (556).

<sup>12</sup> LG München BeckRS 2005, 12848; offenlassend OLG München, Urteil vom 26.05.2011 – 23 U 434/11 (Rn. 34), juris.

<sup>13</sup> LG München BeckRS 2005, 12848.

<sup>14</sup> BGH NJW 2013, 1946 (Rn. 14).

<sup>15</sup> LG München BeckRS 2005, 12848.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 23.05.1966 – VIII ZR 60/64 (Rn. 12), juris.

<sup>17</sup> Ebd.

### **bb) Nur ein Schlüssel**

Möglicherweise wird der gute Glaube der K jedoch dadurch beeinträchtigt, dass sie vom Veräußerer nur einen Original-Schlüssel erhalten hat. Allerdings übergab M ihr einen zweiten Schlüssel, der indes nicht zu dem Kfz passte. Ohne weitere Angaben ist hier davon auszugehen, dass dem Schlüssel äußerlich nicht anzusehen war, dass er nicht zu dem fraglichen Kfz gehörte. Ob man vom Erwerber verlangen kann, einen Zweitschlüssel vor Ort auszuprobieren, wenn ansonsten keine Umstände vorliegen, die Skepsis an der Seriosität des Geschäfts wecken, ist zweifelhaft. Mithin musste K hier nicht deshalb argwöhnisch werden, weil sie nur einen Original-Schlüssel vom Veräußerer erhalten hat.

### **cc) Eintragung eines geringeren Kaufpreises**

Verdächtig könnte sein, dass M darauf bestand, einen geringeren als den tatsächlich verabredeten Kaufpreis in den schriftlichen Kaufvertrag zu schreiben.<sup>18</sup> Allerdings vermag ein solches Begehr von M eher Zweifel an seiner Steuerehrlichkeit oder ähnlichem zu wecken als an seiner Eigentümerstellung.<sup>19</sup>

### **dd) Zwischenergebnis**

K war gutgläubig.

### **b) Kein Abhandenkommen**

Weiter dürfte das Fahrzeug der A nicht abhanden gekommen sein, § 935 Abs. 1 S. 1 BGB. Abhanden gekommen ist eine Sache, wenn der Eigentümer den unmittelbaren Besitz an ihr unfreiwillig verloren hat.<sup>20</sup>

### **aa) Ursprünglicher Besitz der A<sup>21</sup>**

Daher müsste A anfänglich Besitz an dem Fahrzeug innegehabt haben. Besitz ist die tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache.<sup>22</sup> Ob zwischen einer bestimmten Person und einer bestimmten Sache ein Herrschaftsverhältnis vorliegt, ist aus Sicht der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen.<sup>23</sup> Dem Besitzer muss die Sache dergestalt

<sup>18</sup> Der BGH verliert hierzu kein Wort.

<sup>19</sup> Schmidt, Sachenrecht: Probefahrt-Trick und gutgläubiger Eigentumserwerb, JuS 2021, 77 (78).

<sup>20</sup> C. Heinze in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, § 935 Rn. 4 m.w.N.

<sup>21</sup> Wenngleich der anfängliche Besitz offensichtlich gegeben ist, erfolgt hier eine ausführliche Prüfung der einzelnen Merkmale, da die entscheidende Weichenstellung für die Falllösung in der Frage liegt, wann ein Besitzverlust der A eingetreten ist. Nur eine merkmalsgestützte Analyse des Besitzes ermöglicht es, sauber festzustellen und zu begründen, zu welchem Zeitpunkt der Besitz „wegbricht“.

<sup>22</sup> Berger, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 854 Rn. 1.

<sup>23</sup> Ebd., Rn. 2.

<sup>24</sup> H. Schulte-Nölke, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. 2019, § 854 Rn. 4.

<sup>25</sup> Ebd.

<sup>26</sup> Schäfer, in: MüKo BGB (Fn. 5), § 854 Rn. 22.

<sup>27</sup> Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 854 Rn. 6.

<sup>28</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (Rn. 10).

<sup>29</sup> Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 854 Rn. 138.10.

räumlich zugänglich sein, dass er die Möglichkeit hat, auf sie einzuwirken und andere von der Einwirkung auszuschließen.<sup>24</sup> Darüber hinaus muss diese Einwirkungsmöglichkeit von gewisser Dauer und nach außen hin erkennbar sein.<sup>25</sup>

Zunächst stand das Fahrzeug auf dem Verkaufsgelände der A geparkt. Die Fahrzeugschlüssel befanden sich bei A in Verwahrung. Um anhand des aufgezeigten Maßstabs zu beurteilen, ob sich aus diesen tatsächlichen Umständen eine Sachherrschaft der A ergibt, ist die „Leerformel“<sup>26</sup> der Verkehrsanschauung wie folgt auszufüllen: Entscheidend ist, ob ein bestimmtes tatsächliches Verhältnis zwischen Person und Sache dazu führt, dass redliche Rechtsgenossen die Zuordnung der Sache zur Person respektieren.<sup>27</sup> Befanden sich Kfz-Schlüssel ordnungsgemäß verwahrt in den Büroräumen (wovon bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung auszugehen ist), konnte A offensichtlich auf diese einwirken und andere – durch Abschließen der Räumlichkeiten – von der Einwirkung ausschließen. A übte also für jedermann erkennbar tatsächliche Herrschaft über die Schlüssel aus und dies auch dauerhaft. Damit hatte sie Besitz an den Schlüsseln.

Kraft dieses Besitzes an den Schlüsseln vermochte A es auch, andere von der Einwirkung auf das Kfz auszuschließen (elektronische Wegfahrsperrre und Verriegeln der Türen). Aus diesem Grund ist der Besitzer der Fahrzeugschlüssel grundsätzlich auch Besitzer des Fahrzeugs selbst,<sup>28</sup> es sei denn, er hat trotz des Besitzes an den Fahrzeugschlüsseln keine faktische Möglichkeit, auf das Fahrzeug einzuwirken.<sup>29</sup> Hier war das Fahrzeug auf dem Betriebsgelände der A geparkt. Somit bestand die Möglichkeit, mit Hilfe der Schlüssel auf das Fahrzeug einzuwirken, auch faktisch. Die Kombination aus Schlüsselbesitz und Befinden des Fahrzeugs auf dem Betriebsgelände führte zudem dazu, dass die Zuordnung des Fahrzeugs zu A allgemein erkennbar war.

### **bb) Besitzverlust durch Überlassen zur Probefahrt**

A könnte die tatsächliche Sachherrschaft an dem Fahrzeug verloren haben, als sie M dieses zur unbegleiteten Probefahrt überließ. Indem sie M den Fahrzeugschlüssel über gab und ihm gestattete, mit dem Fahrzeug wegzufahren, ermöglichte A es dem M, auf das Fahrzeug einzuwirken. Indes ist fraglich, ob A ihren Besitz dadurch aufgab oder lediglich lockerte.

#### **(1) Begeben eigener Einwirkungsmöglichkeit**

Insoweit fragt sich zunächst, ob A sich jeder Möglichkeit begab, noch selbst auf das Fahrzeug einzuwirken. So behielt sie einen Fahrzeugschlüssel und die Fahrzeugpapiere zurück und hatte sich außerdem die Handynummer des M geben lassen und sich dessen Ausweisdokumente kopiert. Es könnte argumentiert werden, dass M auf Grund der fehlenden Fahrzeugpapiere nur eingeschränkte Möglichkeiten hatte, mit der Sache nach Belieben zu verfahren. Zudem hätte A den M möglicherweise jederzeit anrufen können, um die Probefahrt abzubrechen. Schließlich vermochte A es kraft des zurückbehaltenen Schlüssels weiterhin, das Fahrzeug aufzusperren und damit wegzufahren. Dass M nicht in den Besitz der Fahrzeugpapiere gelangte, mag seine Möglichkeiten beeinträchtigt haben, über das Fahrzeug zu verfügen. Auf die allein entscheidende Möglichkeit rein tatsächlicher Einwirkung auf das Fahrzeug hatten die Papiere jedoch überhaupt keine Auswirkungen. Dass A die Möglichkeit hatte, den M anzurufen, mag sein, ermöglichte aber keinen unmittelbaren Zugriff auf das Fahrzeug.<sup>30</sup> Auch der verbleibende Schlüssel ist nutzlos, wenn sich das Fahrzeug an einem der A unbekannten Ort befindet. A hat daher keine Möglichkeit mehr, auf das Fahrzeug einzuwirken.

#### **(2) Dauer**

Möglicherweise war der vorgesehene Verlust der Einwirkungsmöglichkeit aber hier nicht von ausreichender Dauer. Während manche<sup>31</sup> eine Probefahrt generell für zu kurz für einen Besitzerwerb halten, differenzieren andere<sup>32</sup> zwischen solchen Fahrten, die begleitet oder auf dem Werksgelände stattfinden und solchen, die unbegleitet im öffentlichen Straßenverkehr durchgeführt werden.

Hier steht eine einstündige, unbegleitete Probefahrt in Rede. In „diesem Fall bleibt der Verkäufer weder in einer engen räumlichen Beziehung zu dem Fahrzeug noch ist die Sachherrschaft des Probefahrers so flüchtig, dass ihm die Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache nach der Verkehrsanschauung abzusprechen wäre. Vielmehr kann dieser während der Probefahrt beliebig auf das Fahrzeug einwirken, während dem Verkäufer schon wegen der Distanz, die in einer Stunde zurückgelegt werden kann, jede Kontrolle über das Fahrzeug fehlt. Die Überlassung des Fahrzeugs kann daher nicht mit einer nur kurzfristigen Ausständigung eines Gegenstands zur Ansicht innerhalb der Sphäre des bisherigen Besitzers oder ähnlichen lediglich flüchtigen Sachbeziehungen, die den unmittelbaren Besitz nicht aufheben, gleichgesetzt werden“<sup>33</sup>.

#### **(3) Zuordnung der Verkehrsanschauung nach den Umständen des Einzelfalles**

Schließlich ist fraglich, ob die Verkehrsanschauung das Fahrzeug trotz alledem nach den Umständen des Einzelfalles möglicherweise noch der A zuordnete. Eine solche Zuordnung könnte sich aus dem besonderen Umstand ergeben, dass das Fahrzeug mit „roten Kennzeichen“ versehen war.

So ließe sich anführen, dass die (nur) für Prüfungs-, Probe- und Überführungsfahrten zugelassenen roten Kennzeichen dazu führen, dass die Verkehrsauffassung den Wagen nicht ohne Weiteres dem Fahrer zuordnet, sondern eher dem Autohaus, von dem aus offenbar zu einer Prüfungs-, Probe- oder Überführungsfahrt aufgebrochen worden ist.<sup>34</sup> Hiergegen spricht jedoch, dass gerade bei Überführungsfahrten, im Rahmen derer oftmals längere Distanzen zu überbrücken sind, typischerweise auch externe Personen in Anspruch genommen werden. Vor diesem Hintergrund wird niemand glauben, allein der Umstand, dass ein Kfz ein rotes Kennzeichen trägt, führe dazu, dass irgendein Autohändler eine tatsächliche (!) Einwirkungsmöglichkeit auf das Fahrzeug habe. Mithin führen die roten Kennzeichen nicht zu einer Zuordnung des Fahrzeugs zu A.<sup>35</sup>

#### **(4) Bloße Besitzdienerenschaft**

M übte die tatsächliche Gewalt über das Fahrzeug aus.

<sup>30</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 14).

<sup>31</sup> OLG Köln NZV 2006, 260; Gies, in: juris Praxiskommentar BGB, § 854 Rn. 41; Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 854 Rn. 44; Oechsler, in: Müko BGB (Fn. 5), § 935 Rn. 11.

<sup>32</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (Rn. 20); Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4); unklar, ob differenzierend Prütting, in: PWW (Fn. 2), § 854 Rn. 11.

<sup>33</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 13).

<sup>34</sup> KG BeckRS 2018, 28236 (Rn. 5).

<sup>35</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 13).

Allerdings ist denkbar, dass er diese nicht für sich, sondern für A ausübt, also bloßer Besitzdiener war, § 855 BGB. Ob M Besitzdiener war, hängt davon ab, nach welchen Kriterien sich eine Besitzdienerschaft bestimmt. Dies ist streitig.

#### (a) Eine Ansicht: Soziales Abhängigkeitsverhältnis

Nach einer Ansicht kann Besitzdienerschaft nur im Rahmen eines echten sozialen Abhängigkeitsverhältnisses vorliegen.<sup>36</sup> Es genüge nicht jedes beliebige Weisungsrecht, vielmehr sei erforderlich, dass der Besitzer dieses im Falle der Nichtbefolgung auf Grund eines Direktionsrechts oder vergleichbarer Befugnisse unmittelbar selbst durchsetzen könne.<sup>37</sup> Gemeint ist damit, dass der Besitzherr eine Weisungsmacht innehat, die so stark ist, dass erwartet werden kann, der Besitzdiener werde jede in Bezug auf die Sache erteilte Weisung befolgen.<sup>38</sup> Eine solche Auslegung des Besitzdienner-Tatbestandes sei insbesondere im Hinblick auf das Erfordernis einer Abgrenzung zum mittelbaren Besitz (§ 868 BGB) geboten.<sup>39</sup> Denn allgemeine Weisungen könne auch der mittelbare dem unmittelbaren Besitzer erteilen,<sup>40</sup> welcher ansonsten aber nach Gutdünken mit der Sache verfahren könne,<sup>41</sup> während ein Besitzdiener bloßes Werkzeug des Besitzers zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt sei.<sup>42</sup> Formelhaft lasse sich die Weisungsmacht im Rahmen des mittelbaren Besitzes als „Forderung und Verpflichtung“ charakterisieren, während für eine Besitzdienerschaft ein Verhältnis von „Befehl und Gehorsam“ erforderlich sei.<sup>43</sup> Während der mittelbare Besitzer Zwangsmaßnahmen nur indirekt durchsetzen könne (z.B. Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche vor Gericht), vermöge es der Besitzherr, den Besitzdiener aus eigener Kraft heraus unmittelbar zu sanktionieren.<sup>44</sup> Typisch sei das – wie die ausdrückliche Nennung der Beispiele des Haushalts und Erwerbsgeschäfts in § 855 BGB zeigt, auch vom Gesetzgeber für paradigmatisch gehaltene – Arbeitsverhältnis: Befolgt der Arbeitnehmer

eine Weisung des Arbeitgebers nicht, stehen diesem zahlreiche Sanktionsmöglichkeiten bis hin zur Kündigung zur Verfügung.<sup>45</sup>

Für den konkreten Fall einer Probefahrt lag mithin ein Weisungsrecht i.S.v. § 855 BGB vor, wenn nicht nur das Ob einer Probefahrt, sondern auch deren konkrete Ausgestaltung vom Willen der A abhängig wäre.<sup>46</sup> M fuhr allein mit dem Auto durch die Gegend. Geschwindigkeit, Strecke, Fahrstil usw. lagen allein in seiner Hand. Zwar könnte M hier Anordnungen treffen, etwa dahingehend, dass besonders vorsichtig und motorschonend zu fahren ist. Auch hätte A den M anrufen und den Abbruch der Probefahrt verlangen können.<sup>47</sup> Hätte M sich hieran nicht gehalten, dann hätte A zunächst ohne weiteres überhaupt keine Handhabe. Hätte sie nachweisen können, dass ein Schaden am Fahrzeug entstanden ist, dann hätte sie etwaige daraus resultierende Ansprüche gerichtlich durchsetzen müssen. A hatte also kein unmittelbar durchsetzbares Weisungsrecht.

Somit fehlte es an einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis. Nach dieser Ansicht war M daher nicht bloßer Besitzdiener, sondern selbst Besitzer.

#### (b) Zum Teil einschränkend: Analoge Anwendung möglich

Manche fordern für die direkte Anwendbarkeit des § 855 BGB zwar ein soziales Abhängigkeitsverhältnis, wollen § 855 BGB aber analog anwenden, wenn eine Sache einem anderen aus Gefälligkeit überlassen wird und sich dieser dem Überlassenden gegenüber loyal zeigt.<sup>48</sup>

Es ist fraglich, ob die Probefahrt hier auf Grundlage eines Gefälligkeitsverhältnisses stattfand. Zwar wird die Möglichkeit zur Probefahrt regelmäßig ohne unmittelbare Gegenleistung eingeräumt. Allerdings findet sie typischerweise

<sup>36</sup> BGHZ 27, 360 (juris-Rn. 23); BGHZ 199, 227 (Rn. 10); BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 22); Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 64ff.; Berger, in: Jauernig BGB (Fn. 22), § 855 Rn. 1; Gies, in: jurisPK BGB (Fn. 31), § 855 Rn. 3; Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 854 Rn. 138.4; Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 855 Rn. 6; C. Heinze, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 935 Rn. 14; Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 17. Aufl. 2020, § 855 Rn. 1; Prütting, in: PWV (Fn. 2), § 855 Rn. 2; H. Schulte-Nölke, in: Schulze BGB (Fn. 24), § 855 Rn. 3; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 2 Rn. 24; Wellenhofer, Sachenrecht, 35. Aufl. 2020, Rn. 29; Westermann/A. Staudinger, BGB-Sachenrecht, 13. Aufl. 2017, Rn. 111.

<sup>37</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 22).

<sup>38</sup> Schäfer, in: MüKo BGB (Fn. 5), § 855 Rn. 5, Hervorhebung auch im Original.

<sup>39</sup> Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 855 Rn. 6.

<sup>40</sup> Ebd.

<sup>41</sup> Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 855 Rn. 13; Schreiber, JURA 2012, 514 (515).

<sup>42</sup> Gies, in: jurisPK BGB (Fn. 31), § 855 Rn. 3.

<sup>43</sup> Enneccerus/Wolff/Raiser, Sachenrecht, § 6 III, zit. nach Schäfer, in: MüKo BGB (Fn. 5), § 855 Rn. 5.

<sup>44</sup> Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 855 Rn. 16.

<sup>45</sup> Vgl. z.B. BAGE 160, 296 (Rn. 79).

<sup>46</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2017, 818 (Rn. 15).

<sup>47</sup> Vgl. OLG Köln NZV 2006, 260.

<sup>48</sup> Gutzeit, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 855 Rn. 30.

in Anbahnung eines Kaufvertrages statt.<sup>49</sup> Somit könnte auch ein Rechtsverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorliegen. Indem der Eigentümer einen Wildfremden mit seinem (des Eigentümers) teuren Auto herumfahren lässt, gibt jener diesem die Möglichkeit, in erheblichem Maße auf seine Rechtsgüter (Eigentum) und Interessen (Unverschriftheit des Wagens) einzuwirken. Mithin entsteht ein Schuldverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB, auf dessen Basis die Probefahrt erfolgt.

#### (c) Andere Ansicht: Weisungsberechtigung genügt

Nach anderer Auffassung besteht zwar oft ein soziales Abhängigkeitsverhältnis zwischen Besitzer und Besitzdiener, dies sei aber nicht entscheidend. Vielmehr genüge es, wenn eine Person einer anderen im Hinblick auf den Umgang mit einer bestimmten Sache weisungsberechtigt sei.<sup>50</sup>

Hier bestand zwischen A und M ein Schuldverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB, das Rücksichtnahmepflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB begründet.

Eine dieser Rücksichtnahmepflichten bestand darin, mit dem Auto nur so umzugehen, wie der Verkäufer es vorgibt. Die Kehrseite dieser Pflicht ist das Recht des Verkäufers, dem Probefahrenden Weisungen hinsichtlich des Umgangs mit dem Kfz zu erteilen.<sup>51</sup> Mithin war M nach dieser Auffassung Besitzdiener der A.

#### (d) Differenzierende Ansicht: Dauer entscheidend

Nach einer speziell bei Probefahrten differenzierenden Ansicht kommt es nicht pauschal darauf an, welcher Natur bestehende Weisungsrechte sind. Vielmehr sei allein maßgeblich, dass überhaupt irgendwelche Weisungsrechte bestehen (insofern wie die dritte Ansicht). Ob diese Weisungsrechte Besitzdienerenschaft oder ein Besitzmittlungsverhältnis begründeten, hänge von der Dauer der Überlassung ab: Da anerkannt sei, dass eine nur ganz kurze Einwirkungsmöglichkeit auf eine Sache keinen Besitz begründen könne, sei bei nur sehr kurzer Überlassung Besitzdienerenschaft gegeben, bei längerer Überlassung hingegen mittelbarer Besitz.<sup>52</sup>

**Anmerkung:** Man könnte hier die Frage aufwerfen, ob die vom BGH ausgemachte „differenzierende Ansicht“ als solche tatsächlich existiert. Tatsächlich sprechen sich auch die vom BGH benannten Vertreter überwiegend für die dritte Ansicht (c) aus.<sup>1</sup> Messen sie dem Zeitmoment besondere Bedeutung zu, wohl nicht, weil sie die Dauer als entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung der Besitzdienerenschaft vom Besitzmittlungsverhältnis halten, sondern weil ihnen jeweils konkrete Beispiele vor Augen schwelten, in denen sie nach den Umständen des Einzelfalls unter anderem auf Grund der nur kurzen Dauer der Einwirkungsmöglichkeit das Vorliegen von Besitz ausgeschlossen haben und daraus den Schluss zogen, dass dann Besitzdienerenschaft vorliegen müsse.

<sup>1</sup> So sind etwa Fritzsche, BeckOK (Fn. 50), § 855 Rn. 9 und Götz, BeckOGK BGB (Fn. 4), § 855 Rn. 12 der Auffassung, zur Begründung der Besitzdienerenschaft genüge ein sachbezogenes Weisungsrecht, ein soziales Abhängigkeitsverhältnis sei hingegen nicht erforderlich (vgl. bereits Fn. 45). Auch das KG (ebd., Rn. 7) scheint dieser Ansicht zuzuneigen.

Was noch „kurz“ ist und was schon „lang“, ist nicht eindeutig bestimmbar. Das KG<sup>53</sup> hat eine 20-minütige Probefahrt noch für „kurz“ gehalten, die Einordnung langerer Fahrten aber offengelassen. Götz grenzt einerseits zur Überlassung für ein ganzes Wochenende ab, zieht andererseits aber auch einen Vergleich zu einer Fahrt auf dem Werksgelände. Der BGH schloss eine Argumentation im Sinne dieser Ansicht nicht aus, legte sich aber dahingehend fest, dass die Dauer von einer Stunde für einstündige, unbegleitete Probefahrt ohne technische Schutzvorrichtungen jedenfalls zu lang sei, um unter Verweis auf bloß flüchtige Sachherrschaft eine Besitzdienerenschaft anzunehmen zu können.<sup>54</sup> Zumindest Götz<sup>55</sup> scheint dies zu akzeptieren, sodass auch nach dieser Auffassung wohl keine bloße Besitzdienerenschaft mehr gegeben wäre.

#### (e) Stellungnahme

Lediglich die Auffassung, die ein bloßes sachbezogenes

<sup>49</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 26).

<sup>50</sup> OLG Köln NZV 2006, 260; OLG Stuttgart MDR 2009, 857; Fritzsche, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 57. Ed., Stand: 01.11.2020, § 855 Rn. 9; Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 855 Rn. 12; Meder/Czelk, Grundwissen Sachenrecht, 3. Aufl. 2018, Rn. 32; Schäfer, in: MüKo BGB (Fn. 5), § 855 Rn. 5; Schreiber, Die Besitzformen, JURA 2012, 514 (515); Witt, Die Rechtsfigur des Besitzdieners im Widerstreit zwischen Bestands- und Verkehrsschutz, AcP 201 (2001), 165 (166).

<sup>51</sup> Vgl. BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 26).

<sup>52</sup> KG BeckRS 2018, 28236 (Rn. 4); Fritzsche, in: BeckOK BGB (Fn. 50), § 855 Rn. 9; Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 854 Rn. 138.4.

<sup>53</sup> KG BeckRS 2018, 28236 (Rn. 4).

<sup>54</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 22).

<sup>55</sup> Götz, in: BeckOGK BGB (Fn. 4), § 854 Rn. 138.4.

Weisungsrecht genügen lässt, kommt zu dem Schluss, dass M Besitzdiener der A war. Mithin ist dazu Stellung zu nehmen, ob ein bloßes Weisungsrecht für Besitzdienerschaft genügen kann oder ob ein soziales Abhängigkeitsverhältnis erforderlich ist.

„Die von dem Gesetz genannten Fälle – Ausübung der unmittelbaren Gewalt über die Sache im Haushalt des Besitzherrn oder in dessen Erwerbsgeschäft – machen deutlich, dass das Weisungsrecht seine Grundlage in einem Rechtsverhältnis finden und diesem Rechtsverhältnis das Gepräge geben muss. Die sich aus dem Gesetz ergebenden Erfordernisse der Fremdnützigkeit und der Weisungsgebundenheit stehen dabei in einer inneren Abhängigkeit und stellen die Abgrenzungskriterien zu einem Besitzmittlungsverhältnis dar. Dies kommt auch in den Protokollen zur zweiten Lesung des BGB zum Ausdruck, in denen ausgeführt ist, dass es immer eines besonderen rechtlichen Umstands bedürfe, kraft dessen [die Sachherrschaft] des einen auf einen anderen bezogen werde. Dieses Rechtsverhältnis sei in (...) dem heutigen § 855 BGB (...) bezeichnet (...).“<sup>56</sup> Damit ergibt sich „in eindeutiger Weise“, dass ein soziales Abhängigkeitsverhältnis zu fordern ist.<sup>57</sup> Mithin ist die dritte Ansicht abzulehnen. Ein Besitzmittlungsverhältnis lag nicht vor.

### **(5) Zwischenergebnis**

M war nicht bloßer Besitzdiener. Durch Übernahme des Fahrzeugs zur Probefahrt wurde M unmittelbarer Besitzer.

#### **c) Freiwilligkeit des Besitzverlustes**

A müsste den Besitz auch freiwillig, das heißt willentlich, aufgegeben haben. A übergab M das Fahrzeug aus freien Stücken, allerdings nur, weil sie über den Zweck der Fahrzeugübernahme (Probefahrt statt Unterschlagung) getäuscht wurde. Der Glaube, das Fahrzeug werde zur Probe übergeben, stellt jedoch lediglich eine fehlerhafte Motivation der Besitzaufgabe dar, an deren Freiwilligkeit ändert er nichts.<sup>58</sup> Mithin erfolgte die Besitzaufgabe freiwillig.

#### **c) Zwischenergebnis**

Das Fahrzeug ist der A nicht abhanden gekommen. Die

fehlende Berechtigung des M kann nach den Regelungen des gutgläubigen Erwerbs (§ 932 Abs. 1 S. 1 BGB) überwunden werden.

### **5. Zwischenergebnis**

Indem M das Fahrzeug nach Maßgabe der §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB an K veräußerte, hat A ihr Eigentum an dem Fahrzeug verloren.

### **II. Ergebnis**

A hat keinen Anspruch gegen K auf Übergabe des Fahrzeugs aus § 985 BGB.

#### **B. Anspruch der K gegen A auf Herausgabe der Original-Fahrzeugpapiere aus § 985 BGB**

K könnte einen Anspruch gegen A auf Herausgabe der Original-Fahrzeugpapier aus § 985 BGB haben. Hierfür müsste sie Eigentümerin der Papiere sein. Fraglich ist, ob sie mit dem Eigentum am Fahrzeug zugleich Eigentum an den Fahrzeugpapieren erworben hat. Die Fahrzeugpapiere könnten Schuldscheine i.S.v. § 952 Abs. 1 BGB sein. Allerdings weisen sie nicht den Eigentümer, sondern nur den Träger der Zulassung aus.<sup>59</sup> Gleichwohl dienen die Papiere (insb. Zulassungsbescheinigung Teil II) nicht zuletzt dazu, auch das Eigentum am Fahrzeug abzusichern.<sup>60</sup> Diese Funktion können die Papiere nur erfüllen, wenn ihr sachenrechtliches Schicksal mit dem des Fahrzeugs verbunden ist.<sup>61</sup> Dies zeigt gerade der vorliegende Fall: Bliebe A Eigentümerin der Fahrzeugpapiere, obgleich K Eigentümerin des Wagens geworden ist, hätte letztere gerade keine Möglichkeit, ihr Eigentum am Fahrzeug unter Zuhilfenahme der Zulassungsbescheinigung Teil II nachzuweisen. Daher ist § 952 BGB nach allgemeiner Ansicht auf Fahrzeugpapiere analog anzuwenden.<sup>62</sup> Mithin hat K mit dem Eigentum am Fahrzeug zugleich Eigentum an den Fahrzeugpapieren erworben.<sup>63</sup> Diese kann sie gem. § 985 BGB von A herausverlangen.

#### **C. Anspruch der K gegen A auf Herausgabe des zweiten Fahrzeugschlüssels aus § 985 BGB**

K könnte einen Anspruch gegen A auf Herausgabe des zweiten Fahrzeugschlüssels aus § 985 BGB haben. Hierfür

<sup>56</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 22).

<sup>57</sup> Ebd.

<sup>58</sup> Ebd., (Rn. 9).

<sup>59</sup> C. Heinze, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 952 Rn. 4.

<sup>60</sup> Vgl. BGHZ 10, 122 (Rn. 11).

<sup>61</sup> C. Heinze, in: Staudinger BGB (Fn. 20), § 952 Rn. 9.

<sup>62</sup> Ebd. m.w.N.

<sup>63</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 32).

müsste sie Eigentümerin des Schlüssels sein. Fraglich ist, ob sie mit dem Eigentum am Fahrzeug zugleich Eigentum am Schlüssel erworben hat. Dies wäre der Fall, wenn der Schlüssel Bestandteil des Fahrzeugs wäre (§ 93 BGB). Allerdings kann man den Schlüssel ohne weiteres vom Fahrzeug trennen, ohne dass der Schlüssel oder das Fahrzeug beschädigt wird. Mithin ist der Schlüssel kein Bestandteil des Fahrzeugs, sondern lediglich dessen Zubehör (§ 97 BGB).<sup>64</sup> Das Zubehör einer Sache teilt jedoch nicht zwingend deren rechtliches Schicksal, sondern kann Gegenstand von Sonderrechten sein. Der zweite Fahrzeugschlüssel wurde hier nicht an K übergeben, weswegen sie an diesem nicht gutgläubig Eigentum erwarb.<sup>65</sup> Somit kann sie den Schlüssel nicht nach § 985 BGB von A herausverlangen.

## FAZIT

Angesichts dessen, dass der BGH die Frage, ob ein Probefahrender Besitzdiener des Autohändlers ist, bislang immer ausdrücklich offengelassen hat, mag es überraschen, dass die präsentierte Lösung ohne viel Federlesens als „eindeutig“ deklariert wird und die eigentliche Stellungnahme zu den verschiedenen Auffassungen dementsprechend knapp ausfällt. Dies liegt allerdings daran, dass der BGH entscheidende Weichenstellungen bereits in der Subsumtion unter die einzelnen Ansichten vornimmt. Insgesamt legt der Senat nicht nur eine lehrbuchhafte<sup>66</sup> Darstellung des Streitstandes, sondern auch eine ausführliche Begründung mit teleologischen, historischen und systematischen Argumenten vor, was die sehr ausbildungsrelevante Entscheidung für Studierende gut verdaulich macht. Insbesondere ist aus Auszubildendenperspektive erfreulich, dass der Senat zunächst sauber anhand der Besitzmerkmale prüft, ob überhaupt Sachherrschaft vorliegt und erst in einem zweiten Schritt der Frage nachgeht, in was für einem Verhältnis zur Autohändlerin diese Sachherrschaft ausgeübt wird. In älteren Entscheidungen (gerade auch der Instanzgerichte) gingen diese Fragen oft durcheinander.

Soweit ersichtlich stieß die Entscheidung in allen Lagern in dogmatischer Hinsicht weitgehend auf Zustimmung; geäußerte Kritik war eher rechtspolitischer Natur.<sup>67</sup> Damit darf die Frage der Besitzdienerenschaft bei Probefahrten als

geklärt angesehen werden. In Klausuren sollte die Thematik in der nächsten Zeit naheliegenderweise gleichwohl noch als Problem aufgezogen werden.

<sup>64</sup> BGH NJW 2020, 3711 (Rn. 33).

<sup>65</sup> Ebd.

<sup>66</sup> Schrader, Gutgläubiger Erwerb eines nach der Probefahrt nicht zurückgegebenen Fahrzeugs, JA 2020, 946 (947).

<sup>67</sup> Etwa ebd. (948).