

Der Fräsmaschinenfall: Korrektur um jeden Preis?

stud. iur. Kent Wilke

Der Autor ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover (Prof. Dr. Butzer).

A. Einleitung

Der gutgläubige Erwerb von Eigentum ist schon etwas Außergewöhnliches im System der Rechtsübertragung: Jemand, der ein Recht nicht hat, kann zum Nachteil des eigentlich Berechtigten einem anderen zu genau diesem Recht verhelfen. Der römische Rechtsgrundsatz *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*¹ wird also durch das Rechtsinstitut des gutgläubigen Erwerbs durchbrochen.² Dass dies erkennbar gegen das Rechtsbeharrungsinteresse³ des ursprünglichen Eigentümers⁴ geht, ist einleuchtend.⁵ Er verliert sein Eigentum an der Sache und ist grundsätzlich darauf beschränkt den – möglicherweise nicht liquiden – Nichtberechtigten in Regress zu nehmen.⁶ Würde es jedoch an diesem oft hart kritisierten⁷ Rechtsinstitut mangeln, so würde die Verkehrssicherheit massiv leiden.⁸ Um die Individual- und Verkehrsinteressen auszugleichen, unterliegt das Rechtsinstitut im Mobiliarsachenrecht verschiedenen Restriktionen: Der gute Glaube des Erwerbers muss sich auf die Eigentümerstellung des Veräußerers beziehen. Anknüpfungspunkt für den Rechtsschein der Eigentümerschaft ist dabei der Besitz an der betreffenden

Sache, sog. Rechtsscheinträgerprinzip, vgl. § 1006 BGB.⁹ Dieser zugunsten des Veräußerers wirkende Rechtsschein muss grundsätzlich vom Eigentümer veranlasst worden sein, sog. Veranlasserprinzip, vgl. § 935 Abs. 1 BGB,¹⁰ so dass er auch ohne Verschulden im engeren Sinne normativ das Risiko des Eigentumsverlustes zu tragen hat, sog. Risikoprinzip.^{11,12}

Der BGH wurde 1968 im sog. Fräsmaschinenfall¹³ in dieses Minenfeld an Individual- und Verkehrsinteressen geschickt. Da der Fall fortgeschrittenes Wissen im Mobiliarsachenrecht verlangt, einen quer durch die Übereignungstatbestände der §§ 929ff. BGB jagt und sogar eine kleine Falle im Allgemeinen Teil des BGB parat hält, eignet sich der Fräsmaschinenfall bzw. seine Abwandlungen exzellent für Prüfungen in Universität und Examen. Darüber hinaus wirft der Fall interessante Fragen zu den Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung im Spannungsfeld der Gewaltenteilung auf.

Dieser Lernbeitrag soll Studierenden dabei helfen, einen Durchblick in Bezug auf die komplizierte Personenkonstellation zu gewinnen und ihr Verständnis für das Mobiliarsachenrecht zu verbessern. Ferner soll ein Beitrag

¹ „Niemand kann mehr Recht übertragen, als er selbst hat“.

² Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 Rn. 1; *Oechsler* in: *Limperg/Oetker/Rixecker/Säcker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2020, § 932 Rn. 1; *Penner*, Zur Inkongruenz der §§ 933, 934 BGB, 2006, S. 1; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2018, § 5 Rn. 1; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 46 Rn. 15; *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 10 Rn. 1.

³ *Oechsler* in: *MüKo-BGB* (Fn. 2), § 932 Rn. 3; *Vieweg/Werner*, *SachenR* (Fn. 2), § 5 Rn. 2; *Westermann/Gursky/Eickmann*, *SachenR* (Fn. 2), § 45 Rn. 15.

⁴ Zur besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulinum verwendet, mit dem alle Geschlechter angesprochen sein sollen.

⁵ Zur verfassungsrechtlichen Dimension des gutgläubigen Erwerbs: *Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, S. 9ff.; *Peters*, Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, 1991, S. 17ff.; siehe auch D.II.2.b); *Wilhelm*, *Sachenrecht*, 7. Aufl. 2021, Rn. 917 Fn. 1616 spricht polemisch von „Grundgesetz Hysterie“.

⁶ Zu den Ansprüchen des ursprünglichen Eigentümers gegen den Erwerber sowie den Nichtberechtigten: *C. Heinze* in: *Staudinger*, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neub. 2020, § 932 Rn. 111 f.; *Peters* (Fn. 5), S. 91ff.; *Vieweg/Werner*, *SachenR* (Fn. 2), § 5 Rn. 50; *Wieling/Finkenauer*, *SachenR* (Fn. 2), § 10 Rn. 39.

⁷ *Binding*, Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbers vom Nicht-Eigentümer nach BGB § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß, 1908; *Peters* (Fn. 5), S. 39 spricht davon, dass der Verlust des Eigentums nach §§ 932ff. BGB „sachlich einer Enteignung [...] nahe“ käme; vgl. auch *C. Heinze* in: *Staudinger* (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 28ff. mwN.

⁸ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III, 1888, S. 344; *C. Heinze* in: *Staudinger* (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 3a; *Oechsler* in: *MüKo-BGB* (Fn. 2), § 932 Rn. 1; *Vieweg/Werner*, *SachenR* (Fn. 2), § 5 Rn. 2.

⁹ *C. Heinze* in: *Staudinger* (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 8f.; *Oechsler* in: *MüKo-BGB* (Fn. 2), § 932 Rn. 5; *Vieweg/Werner*, *SachenR* (Fn. 2), § 5 Rn. 2.

¹⁰ *Oechsler* in: *MüKo-BGB* (Fn. 2), § 932 Rn. 7; *Vieweg/Werner*, *SachenR* (Fn. 2), § 5 Rn. 2; *Westermann*, Die Grundlagen des Gutgläubenschutzes, *JuS* 1963, 1 (7).

¹¹ *C. Heinze* in: *Staudinger* (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 23; *Oechsler* in: *MüKo-BGB* (Fn. 2), § 932 Rn. 7; *Westermann/Gursky/Eickmann*, *SachenR* (Fn. 2), § 45 Rn. 10.

¹² Zu den verschiedenen Zurechnungsprinzipien grundlegend: *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1981, S. 473ff.

¹³ BGHZ 50, 45 = NJW 1968, 1382.

zur Diskussion¹⁴ um die Anwendung des § 139 BGB in dieser Fallkonstellation geleistet werden, die in der Literatur und Rechtsprechung zumeist sehr kurz ausfällt.

B. Sachverhalt¹⁵

V verkauft K unter Eigentumsvorbehalt eine Fräsmaschine. Da K knapp bei Kasse ist, schließt er zudem mit der D-Bank einen Darlehensvertrag ab. Zu deren Sicherung wird Folgendes vereinbart: K soll im Besitz der Fräsmaschine bleiben, damit dieser weiterhin seinem Erwerb nachgehen kann. Das Eigentum an der Maschine soll hingegen auf die D-Bank übergehen, solange K das Darlehen noch nicht zurückgezahlt hat. Dabei klärt K die D-Bank nicht über den mit V verabredeten Eigentumsvorbehalt auf.

K kann das Darlehen, aufgrund seiner prekären finanziellen Situation, nach Fälligkeit nicht an die D-Bank zurückzahlen. Die D-Bank tritt anschließend ihre Ansprüche gegen K an die gutgläubige E-Bank ab. Dabei soll auch das Eigentum an der Fräsmaschine an diese übergehen. Die D-Bank teilt K diesen Umstand mit. K zahlt im Anschluss weiterhin seine Raten an V und kommt auch den Anweisungen der E-Bank nach. Nach einiger Zeit erfährt V, dessen Kaufpreisforderung immer noch nicht von K beglichen wurde und der den Kaufvertrag wirksam gekündigt hat, von den Vorgängen. Mittlerweile hat die E-Bank, deren Darlehensrückzahlungsanspruch auch noch nicht befriedigt wurde, die Fräsmaschine eingezogen.

Fallfrage: Kann V von der E-Bank die Herausgabe der Fräsmaschine verlangen?

C. Problemdarstellung

Wenn V Eigentümer der Fräsmaschine ist, kann er den Vindikationsanspruch aus § 985 BGB gegenüber der E-Bank geltend machen. Diese hätte als unmittelbare Besitzerin der Fräsmaschine gegenüber V weder ein absolut wirkendes noch ein relatives Besitzrecht iSd. § 986 BGB.

Folglich gewinnt die Frage der Eigentümerschaft entscheidende Bedeutung.

Nach der Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB ist davon auszugehen, dass V bei Übergabe der Fräsmaschine an K Eigentümer war. Jedoch ist fraglich, ob er im Verlauf der Vorgänge eben dieses Eigentum verloren hat. Insbesondere ein gutgläubiger Erwerb nach den Vorschriften der §§ 932ff. BGB kommt in Betracht.

Für einen Erwerb nach den §§ 932ff. BGB ist neben der dinglichen Einigung allgemein erforderlich, dass (1) Anwendbarkeit der Normen besteht, (2) ein vertrauenssetzender Tatbestand erfüllt ist (sog. Rechtsscheintatbestand), (3) in diesen Tatbestand auf Seiten des Erwerbers guter Glaube besteht und (4) die Sache nicht abhandengekommen ist.¹⁶

Das Problem des Falles besteht primär in der Auslegung des Rechtsscheintatbestandes des § 934 Alt. 1 BGB im systematischen Zusammenhang zu den anderen Erwerbstatbeständen der §§ 932ff. BGB. Somit ist zunächst eine systematische Betrachtung der Rechtsscheintatbestände der §§ 932ff. BGB erforderlich.

I. System des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten, §§ 932ff. BGB

1. Tatsächliches Element „Übergabe“ als Rechtscheinträger

Nach den Erwerbstatbeständen des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB sowie § 933 BGB ist der vertrauenssetzende Tatbestand in der Übergabe der Sache zu sehen.¹⁷ Eine Übergabe ist im Wesentlichen die Aufgabe jeglichen Besitzrestes auf Seiten des Veräußerers zugunsten des Erwerbers.¹⁸ Nach dem Wortlaut und der Beziehung der Übergabe zu ihren Surrogaten in den §§ 930, 931 BGB muss der Erwerber grundsätzlich den unmittelbaren Besitz vom Veräußerer erlangen.¹⁹ Die Verschaffung des mittelbaren Besitzes kann aber auch ausreichend sein, wenn ein Besitzmittler auf Erwerberseite eingeschaltet wird und dieser die unmittelbare

¹⁴ BGHZ 50, 45 (48) = NJW 1968, 1382 (1383) geht nicht auf die Frage der Anwendbarkeit des § 139 BGB ein; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 46 sprechen zum einen von der Geschäftseinheit von Einigung und Besitzkonstitut, aber beziehen im nächsten Satz die Übergabe in diese ein und verneinen eine Anwendbarkeit des § 139 BGB; Weber, Gutgläubiger Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gemäß §§ 932 ff. BGB, JuS 1999, 1 (3) und Lange, Eigentumserwerb im Falle des § 934 Halbs. 1 BGB – BGHZ 50, 45, JuS 1969, 162 (163) widmen sich dem Problem auch sehr kurz; Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Das Sachenrecht, 9. Aufl. 1932, S. 221 Fn. 17 und Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, S. 255 Fn. 18 kommen sogar ohne Begründung aus; Lichtblick jedoch: Hager (Fn. 5), S. 332ff. und Michalski, Versuch einer Korrektur der Inkongruenz von § 933 und § 934 BGB, AcP 181 (1981), 384 (388ff.).

¹⁵ Sachverhalt vereinfacht nach: BGHZ 50, 45 = NJW 1968, 1382. Vgl. zur gutachterlichen Falllösung auch: Gursky, Klausurenkurs im Sachenrecht, 12. Aufl. 2008, S. 82ff.; Lange/Schiemann, Fälle zum Sachenrecht, 6. Aufl. 2008, S. 55ff.; Schwabe, Sachenrecht, 14. Aufl. 2021, S. 99ff.; Vieweg/Röthel, Fälle zum Sachenrecht, 4. Aufl. 2017, S. 77ff.

¹⁶ Vgl. Baur/Stürner, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 2; Tiedtke, Gutgläubiger Erwerb, 1985, S. 1f.; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 5 Rn. 6f.

¹⁷ Vgl. Verweis des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB auf § 929 BGB und den Wortlaut des § 933 BGB: „übergibt“; siehe auch Baur/Stürner, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 13ff.; Penner (Fn. 2), S. 22; Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 2), § 47 Rn. 1, § 48 Rn. 1f.

¹⁸ Baur/Stürner, SachenR (Fn. 2), § 51 Rn. 12; C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 61; Michalski (Fn. 15), AcP 181 (1981), 384 (385); Tiedtke (Fn. 16), S. 9; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 22; Wieling/Finkenauer, SachenR (Fn. 2), § 9 Rn. 5.

¹⁹ Baur/Stürner, SachenR (Fn. 2), § 51 Rn. 12; C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 63; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 21.

Sachherrschaft nach § 854 BGB erlangt.²⁰ Maßgeblich ist also für die Erwerbstatbestände des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB sowie des § 933 BGB, dass eine Verlagerung der Sache vom Sachherrschaftsbereich des Veräußerers in den Sachherrschaftsbereich des Erwerbers stattfinden muss („von Hand zu Hand“²¹), die nach außen erkennbar gewollt ist.²² Diese Fähigkeit weist den Veräußerer – anknüpfend an die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB – nicht nur als tatsächlichen Herrscher, sondern auch als rechtlichen Herrscher der Sache aus, sog. Besitzverschaffungsmacht.²³ Ein ähnliches Bild zeichnet sich bei § 932 Abs. 1 S. 2 BGB ab, bei dem die Übergabe zeitlich vor der Einigung erfolgt,²⁴ sowie bei § 934 Alt. 2 BGB, bei dem der Vertrauensschutz durch die Übergabe der Sache durch den angezeigten vermeintlich besitzmittelnden Dritten ausgelöst wird.²⁵

2. § 934 Alt. 1 BGB als „the odd one out“

Im Fall des § 934 Alt. 1 BGB ist es für den vertrauenssetzenden Tatbestand nach dem Wortlaut ausreichend, dass der mittelbar besitzende Veräußerer seinen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer an den Erwerber abtritt. Dieser Tatbestand ist damit im Kontext des Gutgläubenserwerbs nach seinem Wortlaut außergewöhnlich:

Es findet keine tatsächliche „Verschiebung“ der Sache statt, sondern der Herrschaftsbereich des Erwerbers wird durch die Abtretung des Herausgabeanspruches rechtsgeschäftlich erweitert.²⁶ Insofern gibt es einen Besitzwechsel ohne Wechsel in der tatsächlichen Sachherrschaft.²⁷

Damit ist § 934 Alt. 1 BGB der einzige Erwerbstatbestand der §§ 932ff. BGB, der die Verschaffung des mittelbaren Besitzes ohne Wechsel des unmittelbaren Besitzers für den vertrauensbildenden Tatbestand genügen lässt.²⁸

II. Konsequenz für die Fallkonstellation

Die verblüffenden Konsequenzen dieses außergewöhnlichen – oder auch von einer Vielzahl von Autoren als systemwidrig wahrgenommenen²⁹ – Tatbestandes zeigen sich im oben dargestellten Sachverhalt besonders:

1. Situation in der ersten Phase (V – K)

Die dingliche Einigung zwischen V und K hinsichtlich der Fräsmaschine im Rahmen des Erwerbstatbestandes des § 929 S. 1 BGB stand unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung, sog. Eigentumsvorbehalt, vgl. § 449 Abs. 1 BGB. K hat nie den vollständigen Kaufpreis an V gezahlt, sodass der Vorbehalt nie ausgeräumt wurde und das Eigentum an der Fräsmaschine zunächst bei V verblieben ist, vgl. § 158 Abs. 1 BGB. In der ersten Phase konnte V also sein Eigentum behaupten.

2. Situation in der zweiten Phase (K – D)

Mangels Berechtigung konnte K die Fräsmaschine nicht im Rahmen der Sicherungsabrede nach § 930 BGB an die D-Bank auflösend bedingt übereignen, sog. Sicherungsübereignung, vgl. § 158 Abs. 2 BGB. Die Genehmigung durch den Berechtigten V, die die unberechtigte Übereignung retten könnte, vgl. § 185 Abs. 2 S. 1 BGB, muss als verweigert gelten, wenn V die Herausgabe der Fräsmaschine fordert. Ein gutgläubiger Erwerb durch die D-Bank scheitert an der in § 933 BGB geforderten Übergabe der Fräsmaschine von K an die D-Bank. So konnte V sich auch in der zweiten Phase seines Eigentums behaupten.

3. Situation in der dritten Phase (D – E)

Unter Wortlautauslegung des § 934 Alt. 1 BGB scheint ein solches Ergebnis in der dritten Phase nicht haltbar: Die

²⁰ Baur/Stürmer, SachenR (Fn. 2), § 51 Rn. 16; Tiedtke (Fn. 16), S. 10f.; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 26.

²¹ C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 46.

²² Vgl. Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung II 2, 1952, S. 30; C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 63; Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 929 Rn. 53.

²³ BGHZ 36, 56 (60f.) = NJW 1962, 299 (300); C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 932 Rn. 20; Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 932 Rn. 6; Penner (Fn. 2), S. 49f.; Weber (Fn. 14), JuS 1999, 1 (2); Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 2), § 45 Rn. 6; Wolff/Raiser, SachenR (Fn. 14), S. 254f.

²⁴ Baur/Stürmer, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 16; Weber (Fn. 14), JuS 1999, 1 (2).

²⁵ Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 928 spricht auch von Übergabe bei § 932 Abs. 1 S. 2 und § 934 Alt. 2; vgl. auch Kindl, Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Erlangung mittelbaren Besitzes, AcP 201 (2001), 391 (394f.); Michalski (Fn. 15), AcP 181 (1981), 384 (385); Penner (Fn. 2), S. 23.

²⁶ Illustrativ: „Wenn die Sache nicht in meinen Herrschaftsbereich kommt, so muss mein Herrschaftsbereich zu der Sache kommen“.

²⁷ C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 17.

²⁸ Abtretung des Herausgabeanspruches hat die Übertragung des mittelbaren Besitzes zur Folge, vgl. § 870 BGB; Boehmer, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 33; C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 16ff.

²⁹ Baur/Stürmer, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 20; Boehmer, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 33; Hager (Fn. 5), S. 331; Kindl (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (398); Lange (Fn. 14), JuS 1969, 162 (164); Lohsse, Gutgläubiger Erwerb, mittelbarer Besitz und die Väter des BGB, AcP 206 (2006), 527 (527); Medicus, Gedanken zum Nebenbesitz, in: Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke, Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, 1984, 611 (612); ders./Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021, Rn. 560f.; Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384ff.; Müller, Heimlicher Gutgläubenserwerb?, AcP 137 (1933), 86 (87); Penner (Fn. 2), S. 3; Picker, Mittelbarer Besitz, Nebenbesitz und Eigentumsvermutung in ihrer Bedeutung für den Gutgläubenserwerb, AcP 188 (1988), 511 (515); Thomale/Schüßler, Das innere System des Rechtsscheins, ZfPW 2015, 454 (461); Wacke, Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, 1974, S. 50ff.; Weber, Sachenrecht I, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 24f.; ders. (Fn. 14), JuS 1999, 1 (3f.); Wolff/Raiser, SachenR (Fn. 14), S. 256f. Auch der BGH scheint einen Widerspruch zu erkennen, vgl. BGH NJW 1968, 1362 (1384).

D-Bank tritt ihre Ansprüche, d.h. auch ihren – möglicherweise vermeintlich bestehenden³⁰ – Herausgabeanspruch gegen K aus der Sicherungsabrede, an die E-Bank ab. Diese gelangt so in den mittelbaren Besitz der Fräsmaschine, vgl. § 870 BGB. Genau diese Sachlage wird vom Wortlaut des § 934 Alt. 1 BGB erfasst. Mangels „Bösgläubigkeit“ der E-Bank iSd. § 932 Abs. 2 BGB und durch das von V veranlasste Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum, steht einem gutgläubigen Erwerb des Eigentums an der Fräsmaschine durch die E-Bank nichts entgegen.

Dieses Ergebnis erscheint jedoch unter wertender Betrachtung fragwürdig: Die E-Bank als Zweiterwerberin des Herausgabeanspruches wird – zu Lasten des V – gegenüber der D-Bank, der Ersterwerberin des Herausgabeanspruches gegen K, privilegiert, obwohl beide lediglich in den mittelbaren Besitz der Fräsmaschine gelangen. Das Ergebnis erscheint noch fragwürdiger, wenn man bedenkt, dass die E-Bank mangels Übergabe der Fräsmaschine kein Eigentum erworben hätte, wenn sie mit der D-Bank ein Besitzkonstitut nach § 930 BGB vereinbart hätte.³¹

D. Korrektur des Ergebnisses?

Im Wesentlichen lassen sich zwei Angriffspunkte der oben genannten Phasenanalyse identifizieren:

Zunächst ist fraglich, ob das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Nichtberechtigten und Erwerber in der zweiten Phase nach Scheitern der Sicherungsübereignung bestehen bleibt.³² Erlischt das Besitzmittlungsverhältnis mit dem Scheitern der Sicherungsübereignung, so hätte der Veräußerer in der dritten Phase weder einen Herausgabeanspruch noch wäre er mittelbarer Besitzer iSd. §§ 934 Alt. 1, 868 BGB.

Hauptangriffspunkt ist das Ergebnis der reinen Wortlautauslegung von § 934 Alt. 1 BGB aus oben genannten Gründen: Es wirkt wertungswidersprüchlich im System der §§ 932ff. BGB,³³ dass der Zweiterwerber gegenüber dem Ersterwerber des Herausgabeanspruches privilegiert wird.

Damit könnte unter systematischen und teleologischen Gesichtspunkten eine restriktive Auslegung des Rechts-scheintatbestandes geboten sein.

I. Schicksal des Besitzmittlungsverhältnisses

1. Grundlage: Sicherungsübereignung und Sicherungsabrede

Eine Sicherungsübereignung ist eine Übereignung gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB, die in der Regel unter der auflösenden Bedingung des Erreichens des Sicherungszweckes steht.³⁴ Wird dieser erreicht, so geht das Eigentum unmittelbar und ohne Rückgriff auf das Bereicherungsrecht (§§ 812ff. BGB) an den Sicherungsnehmer zurück, vgl. § 158 Abs. 2 BGB.³⁵ Dabei ist das Bindungselement zwischen Sicherungszweck und der Sicherungsübereignung die sog. Sicherungsabrede.³⁶ Die Sicherungsabrede ist ein hinreichend konkretes Rechtsverhältnis iSd. § 868 BGB und damit stellt die Begründung eines solchen ein Übergabesurrogat iSd. § 930 BGB, sog. Besitzkonstitut, dar.³⁷ Demnach findet prinzipiell im Rahmen der Sicherungsabrede getrennt voneinander zum einen die dingliche Einigung iSd. § 929 S. 1 BGB und zum anderen der Abschluss eines Besitzmittlungsverhältnisses iSd. §§ 930, 868 BGB statt. Die Sicherungsabrede ist jedoch in sich rechtlich selbstständig gegenüber der Sicherungsübereignung und ihren Tatbestandsmerkmalen.³⁸

2. Anwendung des § 139 BGB

Im Fall der gescheiterten Sicherungsübereignung könnte man nun folgende Überlegung anstellen: Wenn die Sicherungsübereignung scheitert, dann wären die Parteien bestimmt kein Besitzmittlungsverhältnis eingegangen.³⁹ Um diesen Gedanken normativ Geltung zu verschaffen, kann man § 139 BGB bemühen.⁴⁰ Nach dieser Norm führt die Teilnichtigkeit eines teilbaren, aber einheitlichen Rechtsgeschäftes zur vollständigen Nichtigkeit, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil

³⁰ Vgl. D.I.2.

³¹ Vgl. zu dem Beispiel Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (386); siehe auch: Henssler in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2002, § 934 Rn. 2.

³² Idee zurückgehend auf *Enneccerus/Kipp/Wolff*, BürgerlR (Fn. 14), S. 221 Fn. 17; *Wolff/Raiser*, SachenR (Fn. 14), S. 255 Fn. 18; vgl. *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (388).

³³ Siehe dazu schon unter C.I.2.

³⁴ *Baur/Stürner*, SachenR (Fn. 2), § 57 Rn. 1f.; *Oechsler* in: MüKo-BGB (Fn. 2), Anh. §§ 929–936 Rn. 8; *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 12 Rn. 1, 10; *Wolff/Raiser*, SachenR (Fn. 14), S. 735.

³⁵ *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 12 Rn. 10.

³⁶ *C. Heinze* in: Staudinger (Fn. 6), Anh. zu §§ 929ff. Rn. 2; *Schur*, Grundprobleme der Wirkungsweise von Akzessorietätsprinzip und Sicherungsabrede, Jura 2005, 361 (363ff.); *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 12 Rn. 14.

³⁷ BGH NJW 1979, 2308 (2309); *Gehrlein*, Die Wirksamkeit einer Sicherungsübereignung, MDR 2008, 1069 (1070); *Oechsler* in: MüKo-BGB (Fn. 2), Anh. §§ 929–936 Rn. 15; *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 12 Rn. 13.

³⁸ *Baur/Stürner*, SachenR (Fn. 2), § 57 Rn. 15; *C. Heinze* in: Staudinger (Fn. 6), Anh. zu §§ 929ff. Rn. 2; *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 12 Rn. 16.

³⁹ Formulierung angelehnt an: *Gursky*, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 129.

⁴⁰ Ohne Begründung: *Enneccerus/Kipp/Wolff*, BürgerlR (Fn. 14), S. 221 Fn. 17 und *Wolff/Raiser*, SachenR (Fn. 14), S. 255 Fn. 18; vgl. auch BGHZ 50, 45 (48) = NJW 1968, 1382 (1383); *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (388ff.).

vorgenommen sein würde. Bringt man mit dem § 139 BGB die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses zu Fall, dann würde eine Anwendung des § 934 Alt. 1 BGB gesperrt sein, da die D-Bank nicht mittelbare Besitzerin der Fräsmaschine wäre.⁴¹

a) Direkte Anwendung

Anwendungsbereich des § 139 BGB ist grundsätzlich für Rechtsgeschäfte aller Art eröffnet.⁴² Einheitlich sind diese und damit „ein ganze[s] Rechtsgeschäft“, wenn die Regelungen nur als Ganzes von den Vertragsparteien gewollt sind.⁴³

Zunächst könnte man die in der Sicherungsübereignung nach §§ 929 S. 1, 930 BGB bzw. §§ 929 S. 1, 930, 933 BGB enthaltene dingliche Einigung sowie die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses als Geschäftseinheit betrachten.⁴⁴ Die parteilich gewollte Einheitlichkeit erscheint jedoch fraglich, da die beiden Geschäfte nicht nach dem Willen der Parteien gleichzeitig abgeschlossen werden, sondern ihre Einheit vom Gesetzgeber in §§ 929 S. 1, 930 BGB angeordnet wird, um den Eigentumsübergang als bezweckte Rechtsfolge zu erreichen.⁴⁵

Selbst wenn man annimmt, dass die dingliche Einigung und die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellen würden,⁴⁶ so müsste eines der beiden Rechtsgeschäfte „nichtig“ sein. Ein Rechtsgeschäft ist dann nichtig, wenn dessen Voraussetzungen zwar grundsätzlich vorliegen, die Rechtsfolgen aber deshalb nicht eintreten,⁴⁷ da außertatbestandliche Normen⁴⁸ die Rechtswirkung missbilligen. Die dingliche Einigung zwischen den Parteien ist vorliegend ein vollständig wirksamer dinglicher Vertrag. Aufgrund der mangelnden Berechtigung von K bzw. der fehlenden Übergabe kann die dingliche Einigung lediglich nicht ihr Ziel – im Unterschied zur Rechtswirkung (!) – erreichen. Demnach ist die

dingliche Einigung nicht „nichtig“ und kann so nicht nach § 139 BGB das Besitzmittlungsverhältnis zu Fall bringen.

Man könnte zusätzlich überlegen, ob die Sicherungsübereignung, die letztlich an der für § 933 BGB notwendigen Übergabe scheitert, als solche nicht das maßgebliche teilnichtige, einheitliche Rechtsgeschäft ist.⁴⁹ Eine Übereignung nach §§ 929 S. 1, 930, 933 BGB besteht jedoch aus rechtsgeschäftlichen Teilen (dingliche Einigung und Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses) und regelmäßig aus einem Realakt (Übergabe nach den Grundsätzen von § 854 Abs. 1 BGB).⁵⁰ Auf letzteren passt weder die von § 139 BGB angeordnete Rechtsfolge der Nichtigkeit⁵¹ noch spricht die systematische Stellung des § 139 BGB im 3. Abschnitt des BGB („Rechtsgeschäfte“) für eine direkte Anwendung der Norm. Ferner kann eine Übergabe – sofern Realakt – selbst nicht „Teilnichtigkeit“ auslösen, sondern lediglich zur „Gesamterfolgslosigkeit“ führen.⁵²

b) Analoge Anwendung

Die von § 139 BGB angeordnete Rechtsfolge der Nichtigkeit spricht auch gegen eine analoge Anwendung der Norm.⁵³ Sollte zum Beispiel Einigung oder die Vereinbarung des Besitzkonstituts aufgrund einer mangelnden Geschäftsfähigkeit des Veräußerers nichtig sein, so würde bei analoger Anwendung des § 139 BGB auch die Nichtigkeit, oder bei entsprechender Anwendung, die Erfolglosigkeit der realen Übergabe angeordnet werden. Der Verlust der unmittelbaren Sachherrschaft auf Seiten des Übergebenden kann jedoch nicht per Rechtskraft verhindert werden, da es sich um einen tatsächlichen Umstand handelt.⁵⁴ Folglich ist eine analoge Anwendung des § 139 BGB abzulehnen.

c) Wille der Parteien auf Gesamtnichtigkeit gerichtet?

Selbst wenn man gemäß den genannten Ausführungen eine direkte oder analoge Anwendung des § 139 BGB bevorzugt,

⁴¹ Vgl. BGHZ 50, 45 (48) = NJW 1968, 1382 (1383).

⁴² Busche in: Limperg/Oetker/Rixecker/Säcker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 139 Rn. 8; Roth in: Staudinger, Neub. 2020, § 139 Rn. 27.

⁴³ Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, 1888, S. 222; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 45. Aufl. 2021, § 15 Rn. 3; Busche, MüKo-BGB (Fn. 42), § 139 Rn. 15; Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (392).

⁴⁴ Sinngemäß: „Wenn ein rechtsgeschäftliches Element der Übereignung nichtig ist, so ist anzunehmen, dass das andere rechtsgeschäftliche Element auch nichtig ist“.

⁴⁵ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (392); Schapp/Schur, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 216 Fn. 344 gleiches Ergebnis ohne Begründung.

⁴⁶ So ohne Begründung: Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 129; Vieweg/Röthel, SachenR (Fn. 15), S. 79f.

⁴⁷ Roth in: Staudinger (Fn. 42), § 139 Rn. 31.

⁴⁸ So z.B. §§ 104, 105 Abs. 1 BGB, § 134 BGB iVm. Verbotsgesetz oder § 138 BGB.

⁴⁹ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (391).

⁵⁰ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (391); Tiedtke (Fn. 16), S. 9.

⁵¹ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (391); Müller (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (87); Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 46.

⁵² Der Satz „Wenn ein rechtsgeschäftliches Element oder ein tatsächliches Element der Übereignung nichtig ist, so ist anzunehmen, dass die anderen Elemente auch nichtig sind“ hängt merklich schief; vgl. auch Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (396); Vieweg/Röthel, SachenR (Fn. 15), S. 80.

⁵³ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (396); so wohl auch Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 4 Rn. 46.

⁵⁴ Siehe dazu schon C.I.1.

so ist zu beachten, dass die Regelwirkung der Gesamtnichtigkeit⁵⁵ nur eintritt, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Übersetzt für den Fall heißt die Frage also: „Ist nicht eher anzunehmen, dass K und die D-Bank das Besitzmittlungsverhältnis doch abgeschlossen hätten, wenn sie um die Erfolglosigkeit der Sicherungsübereignung gewusst hätten?“. Zeitlicher und sachlicher Bezugspunkt ist der Wille der Parteien zum Abschluss des Rechtsgeschäfts.⁵⁶

aa) Wille der Parteien

Die D-Bank als Darlehensgeberin hat zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein erhöhtes Interesse an der dinglichen Sicherung ihrer Darlehensforderung gegen K. Als Darlehensnehmer will K diesem Interesse auch entsprechen, da möglicherweise der D-Bank bei mangelnder Sicherung des Darlehens ein vertragliches Rücktrittsrecht zusteht. Jedenfalls war es für K erkennbar, dass die Bank die maximale dingliche Sicherung des Darlehens erreichen möchte, die sie von ihm erhalten kann.

bb) Anwartschaftsrecht als alternative Sicherungsgabe

Diese Sicherung kann die D-Bank auch erreichen, wenn K kein Eigentümer der Fräsmaschine zum Zeitpunkt des Abschlusses des Besitzkonstituts gewesen ist, denn er hatte ein Anwartschaftsrecht bezogen auf das Eigentum an der Fräsmaschine: Die Einigung im Rahmen der Übereignung V – K stand zum Zeitpunkt der Sicherungsgabe unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung, vgl. §§ 449 Abs. 1, 158 Abs. 1 BGB. Sollte V die Fräsmaschine zwischenzeitlich weiterübereignen (sog. Zwischenverfügung), so wird diese Übereignung ab Bedingungseintritt, d.h. der vollständigen Kaufpreiszahlung, gem. § 161 Abs. 1 BGB unwirksam.⁵⁷ Diese besonders geschützte Rechtsposition wird gegenüber dem Eigentum als vollumfassendes Herrschaftsrecht als „wesensgleiches Minus“⁵⁸ oder „Vorstufe zum Vollrecht“⁵⁹ bezeichnet.⁶⁰ Dieses

Anwartschaftsrecht kann sich ein Sicherungsnehmer, aus Ähnlichkeit des Vollrechts und des Anwartschaftsrechts heraus, nach §§ 929ff. BGB analog⁶¹ übertragen lassen.⁶² Im konkreten Fall käme also eine Übertragung des Anwartschaftsrechts nach §§ 929 S. 1, 930 BGB analog in Betracht. Für diese Übertragung ist auch ein Besitzkonstitut von Nöten. Bei Umdeutung (§ 140 BGB analog⁶³) oder (ergänzender) Auslegung (§§ 133, 157 BGB)⁶⁴ der „Eigentumsübertragungseinigung“ in eine „Anwartschaftsrechtsübertragungseinigung“, wären alle Voraussetzungen des §§ 929 S. 1, 930 BGB analog erfüllt.⁶⁵ So erlangt die D-Bank bezogen auf die Fräsmaschine die maximale erreichbare dingliche Sicherung ihrer Darlehensforderung gegenüber K.

cc) Zwischenergebnis: Wille der Parteien nicht auf Gesamtnichtigkeit gerichtet

In Anbetracht dieser Sicherungsmöglichkeit, die ohne Erhalt des Besitzmittlungsverhältnisses nicht zu erreichen ist, ist nicht davon auszugehen, dass eine Erfolglosigkeit der Sicherungsübereignung in eine Nichtigkeit des Besitzkonstituts resultieren sollte. Insofern wäre die Vermutung des § 139 BGB selbst bei Anwendung der Norm widerlegt.

3. Ergebnis: Kein Untergang des Besitzmittlungsverhältnisses

Bei Scheitern der Sicherungsübereignung kann also weder eine direkte noch eine analoge Anwendung des § 139 BGB im Ergebnis zu einem Untergang des Besitzmittlungsverhältnisses führen.

4. Hinweise für die Fallbearbeitung

Für die Klausur sei darauf hingewiesen, dass die obigen Ausführungen sehr weitgänglich sind und der (zeitliche) Schwerpunkt auf dem noch folgenden Themenkomplex liegen sollte. Gursky⁶⁶ beschäftigt sich noch am ausführlichsten mit der Frage des Parteiwillens und

⁵⁵ BGH NJW 1995, 722 (724); Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 507; Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (389).

⁵⁶ Busche in: MüKo-BGB (Fn. 42), § 139 Rn. 31; Roth in: Staudinger (Fn. 42), § 139 Rn. 77 mwN.

⁵⁷ Vgl. Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 11 Rn. 41; Wieling/Finkenauer, SachenR (Fn. 3), § 17 Rn. 11.

⁵⁸ BGH NJW 1958, 1133 (1134); Wieling/Finkenauer, SachenR (Fn. 2), § 17 Rn. 8.

⁵⁹ BGH NJW 1984, 1184 (1185).

⁶⁰ Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 11 Rn. 41.

⁶¹ C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 7; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 11 Rn. 49; Wieling/Finkenauer, SachenR (Fn. 2), § 17 Rn. 18.

⁶² BGHZ 50, 45 (48f.) = NJW 1968, 1382 (1383); Lange (Fn. 14), JuS 1969, 162 (163).

⁶³ Für eine direkte Anwendung fehlt es wieder an der „Nichtigkeit“ der Übereignung bzw. der Einigung. Für analoge Anwendung ist auch Lüke, Sachenrecht, 4. Aufl. 2018, § 5 Rn. 215 Fall 5 ohne Begründung; a.A. Baur/Stürner, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 19; Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 132; Wellenhofer, Sachenrecht, 35. Aufl. 2020, § 15 Rn. 14; für weitere Nachweise siehe: Hager (Fn. 5), S. 333.

⁶⁴ BGH NJW 1986, 1985 (1986); 1968, 1382 (1383); Herrler in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. 2021, § 929 Rn. 46; Lange (Fn. 14), JuS 1969, 162 (163), für weitere Nachweise siehe: Hager (Fn. 5), S. 333.

⁶⁵ Medicus/Petersen, BürglR (Fn. 29), Rn. 559 kommt ohne Begründung zum gleichen Ergebnis; Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rn. 1482 unterlässt eine genaue dogmatische Einordnung und kommt zum gleichen Ergebnis.

⁶⁶ Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 129ff.

der Anwendung des § 140 BGB. Vieweg/Röthel⁶⁷ nennen nur die wesentlichen Argumente gegen eine direkte Anwendung des § 139 BGB und wenden sich anschließend der Frage des Parteiwillens zu. Lange/Schiemann⁶⁸ beschränken sich – ohne Nennung des § 139 BGB – auf die Darlegung des Parteiwillens. Schwabe⁶⁹ kommt sogar ohne Nennung des Problems aus.

Es bietet sich an, sofort zur Widerlegung der Vermutung der Gesamtnichtigkeit zu kommen. So kann man unnötig lange Ausführungen zur Anwendbarkeit des § 139 BGB vermeiden.

Es ist jedoch wichtig immer am konkreten Fall zu argumentieren. Demnach kann sich auch ergeben, dass eine Aufrechterhaltung des Besitzmittlungsverhältnisses nicht gewollt war, wenn die Sicherungsübereignung scheitert. In diesen Fällen lebt die Frage der Anwendbarkeit des § 139 BGB wieder auf.

II. Rechtsscheintatbestand des § 934 Alt. 1 BGB

Nach dem Wortlaut des § 934 Alt. 1 BGB ist für den vertrauenssetzenden Tatbestand ausreichend, dass der veräußernde mittelbare Besitzer seinen Herausgabeanspruch gegen seinen Unterbesitzer an den Erwerber abtritt. Dass dies im System der §§ 932ff. BGB außergewöhnlich ist, wurde bereits oben erläutert.⁷⁰ Möglicherweise kann man sich jedoch über den Wortlaut der Norm hinwegsetzen. Methodisch gibt es dafür zwei Optionen:

Zunächst könnte man sich in diesen Fallkonstellationen das „Doppelspiel“⁷¹ des Besitzmittlers zu Nutze machen⁷² und danach fragen, was mit dem ursprünglichen Besitzmittlungsverhältnis zwischen K und V passiert ist. Sollte dieses neben dem Besitzmittlungsverhältnis von K und D-Bank weiterbestehen, so wäre der Wortlaut dafür offen, zu fordern, dass der Veräußerer nach §§ 934 Alt. 1, 870 BGB

mittelbaren Alleinbesitz⁷³ übertragen muss und nicht nur mittelbaren Nebenbesitz⁷⁴.

Ferner könnte man auch tief in die methodische Trickkiste greifen und den Anwendungsbereich des § 934 Alt. 1 BGB unter teleologischen oder verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten reduzieren.

1. Wortlautöffnung durch Annahme des Nebenbesitzes?

Fraglich ist, ob (a) die Annahme eines mittelbaren Nebenbesitzes zulässig ist und (b) was bei dessen Existenz die Folge für den Rechtsscheintatbestand des § 934 Alt. 1 BGB wäre.

a) Zulässigkeit des Nebenbesitzes?

aa) Grundlage: Mittelbarer Besitz, § 868 BGB

Um das Problem der rechtlichen Existenz des mittelbaren Nebenbesitzes zu verstehen, muss man sich zunächst die Voraussetzungen und Modalitäten des mittelbaren Besitzes vergegenwärtigen.

Objektiv setzt der Erwerb des mittelbaren Besitzes den Besitz des Besitzmittlers voraus, der diesen Besitz an der Sache aufgrund eines konkreten Rechtsverhältnisses gegenüber dem Oberbesitzer auf Zeit innehat.⁷⁵ Der Besitzer muss dabei die Sache grundsätzlich dem Oberbesitzer aufgrund eines Herausgabeanspruches herauszugeben haben.⁷⁶

Subjektiv muss der Besitzmittler die Sache unter Anerkennung des Herausgabeanspruches seines Oberbesitzers besitzen, d.h. den Oberbesitzer selbst als solchen anerkennen, sog. Besitzmittlungswille.⁷⁷ Aufgrund des sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatzes muss dieser Wille nach außen erkennbar sein.⁷⁸ Ein innerer Vorbehalt

⁶⁷ Vieweg/Röthel, SachenR (Fn. 15), S. 79f.

⁶⁸ Lange/Schiemann, SachenR (Fn. 15), S. 56.

⁶⁹ Schwabe, SachenR (Fn. 15), S. 103 spricht sogar davon, dass der Herausgabeanspruch „zweifelloso“ abgetreten worden wäre.

⁷⁰ Vgl. C.I.2 und II.

⁷¹ Lange (Fn. 14), JuS 1969, 162 (164); Medicus, in: Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke (Fn. 29), 611 (616); Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 39.

⁷² Idee zurückgehend auf: Wolff, Sachenrecht, 7. Aufl. 1927, S. 67; vgl. Boehmer, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 43 und Szerkus, Die Lehre vom Nebenbesitz und gutgläubiger Erwerb nach § 934 Alt. 1, ZJS 2016, 592 (594 Fn. 36).

⁷³ Es sei hier darauf hingewiesen, dass anknüpfend an die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB die Übertragung des mittelbaren Mitbesitzes (vgl. §§ 866, 870 BGB) zu einem gutgläubigen Erwerb des Miteigentums nach §§ 929 S. 1, 933, 934 Alt. 1 BGB führen kann, vgl. C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 929 Rn. 110. Für Alleineigentum muss aber mittelbarer Alleinbesitz nach § 934 Alt. 1 BGB übertragen werden, siehe zu der Problematik auch D.II.1.b).

⁷⁴ Begriff zurückgehend auf: Dölle, Anmerkungen zu RGZ, 135, 75 = JW 1932, 1212 (1214); ders. Anmerkungen zu RG, Urt. v. 17.06.1932 – VII 220/31, JW 1932, 3763 (3763); vgl. Boehmer, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 43; Szerkus (Fn. 72), ZJS 2016, 592 (594 Fn. 17).

⁷⁵ Gutzeit in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Neub. 2018, § 868 Rn. 14f., 23; Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 8; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 29; Wieling/Finkenauer, SachenR (Fn. 2), § 6 Rn. 3f.; Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 491.

⁷⁶ Siehe Fn. 75 für Nachweise.

⁷⁷ BGH NJW 2005, 359 (364); Gutzeit in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 24; Herrler in: Palandt (Fn. 64), § 868 Rn. 7; Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 17; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 29; Wilhelm, SachenR (Fn. 2), Rn. 497.

⁷⁸ Vgl. RGZ 135, 75 (80); Gutzeit in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 25; Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 30; Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 33; Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 497.

insgeheim doch für einen anderen besitzen zu wollen, ist nach § 116 S. 1 BGB analog unbeachtlich.⁷⁹

Beendet wird der mittelbare Besitz, wenn eine seiner Voraussetzungen wegfällt.⁸⁰ Eine Änderung des Besitzmittlungswillens von Seiten des Besitzmittlers zugunsten eines anderen muss dem mittelbaren Besitzer nach dem Publizitätsprinzip nicht „zugehen“, sondern es reicht zum Schutz der im Sachenrecht gebotenen Rechtssicherheit objektive Erkennbarkeit.⁸¹

bb) Anwendung auf die Fallkonstellation

(1) Objektive Voraussetzungen

In der oben dargestellten Konstellation des Doppelspiels sind die objektiven Voraussetzungen eines Mittlungsverhältnisses⁸² iSd. § 868 BGB sowohl zugunsten des ursprünglichen Eigentümers (V) als auch zugunsten des ersten Erwerbsinteressenten (D-Bank) erfüllt: K besitzt die Fräsmaschine gegenüber V als Vorbehaltskäufer und gegenüber der D-Bank als Sicherungsgeber. Prinzipiell können V und die D-Bank nach Fälligkeit ihrer jeweiligen Ansprüche und wirksamen Rücktritt die obligatorischen Herausgabeansprüche gegen K geltend machen, vgl. § 346 Abs. 1 BGB. Dem K steht damit ein zeitlich begrenztes Besitzrecht gegenüber beiden Parteien zu.

(2) Subjektive Voraussetzung

Damit kommt es entscheidend auf die subjektive Voraussetzung des Besitzmittlungswillens an, d.h. wem der K den Besitz zum Zeitpunkt des dritten Erwerbsvorgangs (D-Bank – E-Bank) mitteln wollte. Auffällig ist, dass K sowohl den Anweisungen der D-Bank nachkam, als auch seine Kaufpreisraten gegenüber V bezahlte. Aus einem solchen verdeckten Doppelspiel zieht die sog. Nebenbesitzlehre, dass der Besitzmittler beiden Parteien gleichermaßen unabhängig voneinander den Besitz mitteln will.⁸³ Demnach bestünde der mittelbare Besitz des V weiterhin und gleichstufig neben dem der D-Bank, als die D-Bank an die E-Bank übereignen wollte.

cc) Deutung des Verhaltens des unmittelbaren Besitzers

Bevor man sich mit der grundsätzlichen rechtlichen Zulässigkeit des Nebenbesitzes auseinandersetzt, muss man sich fragen, ob die Zahlung des Kaufpreises wirklich objektiv eine Aufrechterhaltung des Besitzmittlungswillens zugunsten des ursprünglichen Oberbesitzers zum Ausdruck bringt. Die Kaufpreiszahlung erfolgt nämlich bei genauer Betrachtung nicht, um den Herausgabeanspruch des Oberbesitzers zu würdigen, sondern um dem Oberbesitzer durch weitere Einhaltung seiner schuldrechtlichen Verpflichtung vorzutäuschen, dass alles normal sei.⁸⁴ Objektiv wendet er sich vielmehr von dem Herausgabeanspruch

⁷⁹ BGH NJW 1979, 2037 (2038); *Gutzeit* in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 25; *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (400); *Schäfer* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 17; *Tiedtke* (Fn. 16), S. 36; *ders.*, Erwerb und Verlust des Sicherungseigentums an eingelagerter Ware, WM 1978, 446 (451); *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 18 Rn. 7.

⁸⁰ *Gutzeit* in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 80; *Schäfer* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 27; *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 37.

⁸¹ Dass dem Oberbesitzer die Willensänderung mitgeteilt werden bzw. „zugehen“ muss, wurde von der 2. Kommission mehrheitlich abgelehnt: *Gebhard/Achilles/Spahn*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III, 1899, S. 227f.; vgl. auch RGZ, 135, 75 (79f.); BGH NJW 2005, 359 (364); *Baur/Stürner*, SachenR (Fn. 2), § 7 Rn. 58; *Gutzeit* in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 86; *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (395); *Lange* (Fn. 14), JuS 1969, 162 (164); *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (400); *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (544); *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 37 mwN; a.A. *Hager*, Lagerschein und gutgläubiger Erwerb, WM 1980, 666 (671); wohl auch *Schäfer* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 30 Fn. 83; *Boehmer*, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 44 („eine Annullierung des Oberbesitzes des mittelbaren Besitzers durch einseitige Handlung des Besitzmittlers [ist] rechtlich unmöglich“).

⁸² Mit „Mittlungsverhältnis“ ist das Besitzmittlungsverhältnis im weiteren Sinne gemeint. So soll differenziert werden zwischen dem tatbestandlich notwendigen „Besitzmittlungsverhältnis“ und dem am Ende des Tatbestandes stehenden (Besitz-)Mittlungsverhältnis.

⁸³ *Baur/Stürner*, SachenR (Fn. 2), § 54 Rn. 24, § 7 Rn. 59 m.E.; *Brem*, Der Nebenbesitz 1976, S. 98ff., 107f.; *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 19; *Dölle* (Fn. 74), JW 1932, 1212 (1213f.); *ders.* (Fn. 74), JW 1932, 3763 (3763); *Dubischar* in: Wassermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1983, § 868 Rn. 8; *Gutzeit* in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 9; *Lange* (Fn. 14), JuS 1969, 162 (164) m.E.; *Lüke*, SachenR (Fn. 63), Rn. 215; *Medicus*, in: Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke (Fn. 29), 611 (612); *ders./Petersen*, BürgerlR (Fn. 29), Rn. 559ff.; *Müller* (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (88); *Reich* in: Wassermann (ebd.), § 934 Rn. 7; *Sonntag*, Gutgläubiger Erwerb von Lagergütern nach § 934 2. HS BGB, 2003, S. 85; *Wacke* (Fn. 29), S. 55; *Weber* (Fn. 14), JuS 1999, 1 (4f.); *ders.* (Fn. 29), § 5 Rn. 24f.; *Westermann*, Probleme der Sicherungsübereignung von Warenlagern, NJW 1956, 1297 (1298); *Wieling/Finkenauer*, SachenR (Fn. 2), § 6 Rn. 14, § 10 Rn. 24; *Wolff/Raiser*, SachenR (Fn. 14), S. 35; fälschlicherweise wird *Boehmer* bei *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 40 Fn. 152 als Anhänger der Nebenbesitzlehre zitiert. Dem ist aber nicht so, vgl. *Boehmer*, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 43.

⁸⁴ Zutreffend also: *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (401); *Brehm/Berger*, SachenR (Fn. 83), § 3 Rn. 19 legen hingegen den Schwerpunkt ihrer Deutung auf die möglicherweise im Einzelfall bestehende Spekulation des Besitzmittlers, dass es nicht zum Konfliktfall kommen wird, da er davon ausgehe beide Verträge ordnungsgemäß erfüllen zu können. Indessen ist dieser vorgeschlagene aufgespaltene Wille, der wie Schrödingers Katze auf den Tag der Kollision wartet, denkunmöglich (*Bordmann/Streder* in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 1920, § 868 2 b.); a.A. *Sonntag* (Fn. 83), S. 83). Da die Herausgabe des Alleinbesitzes nur an eine Person möglich ist, muss ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des zweiten Besitzmittlungsverhältnisses der Gedanke des Besitzmittlers folgender sein: „Ich werde im Kollisionsfall nur an A und nicht an B herausgeben“. Ein Gedanke wie „Ich werde an den herausgeben, der zuerst fragt“ würde in einem rechtlich unzulässigen bedingten Besitz enden, vgl. zum Ganzen *Krekel* in: Mitglieder des Bundesgerichtshofs, Das Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 1982, § 868 Rn. 9; *Medicus/Petersen*, BürgerlR (Fn. 29), Rn. 558 geben sogar zu, dass der Besitzmittler nicht aus Loyalität gegenüber seinem ursprünglichen Oberbesitzer den Kaufpreis zahlt oder Anweisungen folgt, sondern seine Machenschaften „aus Angst vor dem Staatsanwalt“ verdeckt hält. Die richtigen Schlüsse aus dieser Erkenntnis werden jedoch nicht gezogen. Auch *Henssler* in: Soergel (Fn. 31), § 934 Rn. 7 schließt sich, obwohl er nicht Anhänger der Nebenbesitzlehre ist, der These an, dass die kontinuierliche Kaufpreisratenzahlung einen Besitzmittlungswillen zugunsten des alten Oberbesitzers ausdrücken würde.

seines ursprünglichen Oberbesitzers ab, indem er sich dem neuen Herausgabeanspruch des ersten Erwerbsinteressenten ausliefert.⁸⁵ Dass sich der unmittelbare Besitzer möglicherweise innerlich vorbehält, wenn es hart auf hart kommt, nur dem Herausgabeanspruch seines ersten Oberbesitzers nachzukommen, ist nach den obigen Ausführungen⁸⁶ gem. § 116 S. 1 BGB analog unbeachtlich. Man könnte auch schon zeitlich vor dem Abschluss des zweiten Besitzmittlungsverhältnisses ansetzen: K geriert sich gegenüber dem Rechtsverkehr als Eigentümer und will die Sache über seine Befugnis hinaus wirtschaftlich verwerten.⁸⁷ Er verhält sich also in diesem Erwerbsvorgang ersichtlich wie ein Eigentümer.⁸⁸ Damit fehlt ihm der Besitzmittlungswille bzw. Fremdbesitzerwille zugunsten des V schon vor Eingehung des zweiten Besitzmittlungsverhältnisses mit der D-Bank.⁸⁹

Das zusammengebrochene Mittlungsverhältnis kann durch entsprechendes objektives Verhalten im Nachgang der Eingehung des neuen Besitzmittlungsverhältnisses wieder aufleben („Nacheinander, kein Nebeneinander“⁹⁰). Dies muss aber bis zur dritten Phase (Erwerbsverhältnis D-Bank – E-Bank) geschehen sein.⁹¹ Die bloße weitere Kaufpreiszahlung ist nach obiger Ausführung dafür nicht ausreichend.

Die Lehre vom Nebenbesitz ist nach oben Gesagtem also zum einen fragwürdig, da sie das Verhalten des „Doppelspielers“ falsch deutet und zum anderen, weil ein gespaltener Besitzmittlungswille tatsächlich nicht möglich ist.

dd) Prinzipielle rechtliche Zulässigkeit des Nebenbesitzes

Wenn man über diese Schwächen der Lehre vom Nebenbesitz hinwegschaut, ist noch fraglich, ob ihr Grundgedanke des doppelten gleichstufigen Loyalitäts- und

Besitzmittlungsverhältnisses überhaupt mit dem Besitzrecht vereinbar ist.

Prinzipiell ist die Inhaberschaft der mittelbaren Sachgewalt auf gleicher Stufe beim mittelbaren Mitbesitz gem. §§ 866, 868 BGB vom Gesetz anerkannt. Indessen würden die Besitzer bei den Konstellationen des Nebenbesitzes, anders als für den mittelbaren Mitbesitz notwendig, die Sachherrschaft nicht durch gemeinschaftliche Zuständigkeit für den Herausgabeanspruch nach § 868 BGB ausüben, sondern durch voneinander unabhängige Zuständigkeit für ihren Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer.⁹² Anders als beim mittelbaren Mitbesitz streben die mittelbaren Nebenbesitzer mit ihren Herausgabeansprüchen den unmittelbaren Alleinbesitz an und nicht lediglich die Einräumung von unmittelbarem Mitbesitz.⁹³ Folglich ist dieses unabhängige Nebeneinander der mittelbaren Besitzer wenigstens nicht ausdrücklich in den §§ 854ff. BGB normiert. Damit kommt es darauf an, ob sich die Besitzfigur des mittelbaren Besitzes anderweitig auf die §§ 854ff. BGB stützen kann.

(1) Wortlaut: „Der Besitz“

Zunächst ist auffällig, dass in § 854 Abs. 1 BGB, der die Einstiegsnorm in das Besitzrecht darstellt, nur von „der Besitz“ die Rede ist. Daraus könnte man den Grundsatz ableiten, dass sich das Gesetz, anlehnend an die Ausschließlichkeit des Eigentums nach § 903 BGB, den Besitz prinzipiell als ausschließliche Gewalt über eine Sache vorstellt.⁹⁴ Dieser Grundsatz würde lediglich in den Regelungen zum Mitbesitz (§ 866 BGB) und zum (mehrstufigen) mittelbaren Besitz (§§ 868, 871 BGB) durchbrochen, indem eine Besitzaufspaltung zulässig ist.⁹⁵ Im Unterschied zu dieser Aufteilung der Besitzposition in einem horizontalen (Mitbesitz) oder vertikalen Verhältnis (mittelbarer Besitz), kommt es beim mittelbaren Nebenbesitz zur Besitzverdopplung

⁸⁵ Illustrativ: „Niemand kann zwei Herren gleichzeitig dienen“; So auch RGZ 135, 75 (81f.); Herrler in: Palandt (Fn. 64), § 934 Rn. 2; Müller/Gruber, SachenR (Fn. 65), Rn. 484; Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (540); Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl. 2020, Rn. 431; Schreiber, Sachenrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 76; Tiedtke (Fn. 16), S. 18; ders. (Fn. 79), WM 1978, 446 (451); Wellenhofer, SachenR (Fn. 63), § 15 Rn. 15; Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 3), § 18 Rn. 7; Gutzeit in: Staudinger (Fn. 75), § 868 Rn. 9 spricht jedoch davon, dass die Eingehung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses nicht als Aufkündigung der Loyalität von Seiten des Besitzmittlers zu werten sei. Dieser Gedanke hängt zumindest sprachlich schief, denn wer käme auf den Gedanken zu sagen, dass ein Mensch, der seinen Partner betrügt und diesen Betrug aktiv verheimlicht, um seine eigene Haut zu retten, noch loyal gegenüber seinem Partner ist?

⁸⁶ Siehe dazu schon bei Fn. 79.

⁸⁷ Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (400); Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (541f.); Tiedtke (Fn. 79), WM 1978, 446 (451); Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 508; vgl. auch Krekel in: RGRK-BGB (Fn. 84), § 868 Rn. 21.

⁸⁸ Zum Eigenbesitzerwillen: BGH NJW-RR 1986, 858 (860); Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), Rn. 3 mwN.

⁸⁹ Vgl. Fn. 87 für Nachweise.

⁹⁰ Krekel in: RGRK-BGB (Fn. 84), § 868 Rn. 21.

⁹¹ Henssler in: Soergel (Fn. 31), § 934 Rn. 7; Krekel in: RGRK-BGB (Fn. 84), Rn. 9; Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 20; Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 2), § 18 Rn. 7; zum unabhängigen Zusammenbrechen des „neuen“ Mittlungsverhältnisses: BGH NJW 2005, 359.

⁹² Vgl. Gutzeit in: Staudinger (Fn. 75), § 866 Rn. 5.

⁹³ Vgl. Müller (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (88).

⁹⁴ RGZ, 135, 75 (80).

⁹⁵ RGZ, 135, 75 (80); Lange (Fn. 14), JuS 1969, 162 (164); Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (536); Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 508.

durch Schaffung von zwei unabhängigen, aber gleichrangigen, mittelbaren Besitzpositionen.⁹⁶ Der vom Wortlaut des § 854 BGB wohl aufgestellte Grundsatz der Ausschließlichkeit des Besitzes würde folglich durch einen Nebenbesitz völlig neuartig, d.h. dem Besitzrecht fremd, durchbrochen.⁹⁷

Nicht nur im Kontext des unmittelbaren Besitzes wird der bestimmte Artikel verwendet, sondern auch im Zusammenhang zum mittelbaren Besitz.⁹⁸ Es entsteht also der Eindruck, dass die §§ 868ff. BGB nur die Besitzmittelung gegenüber einer Person bzw., im Fall des mittelbaren Mitbesitzes, verbundenen Personengemeinschaft zulassen.⁹⁹ Man könnte auch die Frage stellen, warum der Gesetzgeber in § 870 BGB, wenn er den mittelbaren Nebenbesitz hätte zulassen wollen, nicht die Formulierung „ein mittelbares Besitzverhältnis“ eingefügt hat anstatt „der mittelbare Besitz“.¹⁰⁰

Jedoch ist zuzugeben, dass auch an anderen Stellen des BGB bei Festsetzung eines Rechtsinstituts der bestimmte Artikel verwendet wird, ohne dass nicht mehrere Rechtssubjekte zuständig sein könnten.¹⁰¹ Die These, dass dem Besitzrecht nach dem Wortlaut der § 854ff. BGB ein Grundsatz der Ausschließlichkeit des Besitzes innewohnt, ist damit nicht restlos überzeugend.

(2) numerus clausus der Sachenrechte

Zwar schließt der Wortlaut nicht eindeutig eine Ergänzung des Besitzrechts um eine weitere Besitzart aus, jedoch ist der sog. numerus clausus der Sachenrechte zu beachten. Nach diesem Zentralprinzip des Sachenrechts sind die dinglichen Rechte in Existenz, Inhalt und Umfang zwingend und abschließend vorgeschrieben.¹⁰² Zwar ist der

Besitz an sich als Sachherrschaft (Faktum) kein dingliches Recht,¹⁰³ jedoch sind unmittelbar an diesen Rechtsfolgen geknüpft.¹⁰⁴ Dies rechtfertigt unter anderem den Schutz des (berechtigten) Besitzes neben dem dinglichen Recht des Eigentums unter § 823 Abs. 1 BGB.¹⁰⁵ Damit ist der Besitz als „Quasi“-Sachenrecht zu qualifizieren. Es wäre somit schon zweifelhaft den Nebenbesitz durch richterliche Rechtsfortbildung zu ergänzen, wenn er eine Besitzaufspaltung zur Folge hätte. Bei einer nicht angesprochenen Besitzverdopplung muss dies erst recht gelten.¹⁰⁶

Gleichzeitig ist zuzugeben, dass der Besitz lediglich als „Quasi“-Sachenrecht zu qualifizieren ist und damit nicht unmittelbar in den Schutzbereich des numerus clausus der Sachenrechte fällt.¹⁰⁷

(3) Systematik: Folgeprobleme der Annahme des Nebenbesitzes

Dass ein mittelbarer Nebenbesitz im Sachenrecht nicht gewollt sein kann, zeigt sich jedoch bei der Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB und auch im Ersatzungsrecht nach § 937ff. BGB, die jeweils eine Ausschließlichkeit des Besitzes voraussetzen.¹⁰⁸

Nach der Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB iVm. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB wird zugunsten des mittelbaren Besitzers vermutet, dass er Eigentümer der Sache ist. Sind aber zwei Personen unabhängig voneinander Besitzer, d.h. Nebenbesitzer, ist fraglich, was zugunsten der jeweiligen Personen vermutet wird. Beim (mittelbaren) Mitbesitz ist es grundsätzlich Miteigentum.¹⁰⁹ Beim (mittelbaren) Alleinbesitz grundsätzlich Alleineigentum.¹¹⁰ Demnach müsste zugunsten eines Nebenbesitzers das „Nebeneigentum“ (Alleineigentum zweier Eigentümer?) vermutet werden.

⁹⁶ RGZ, 135, 75 (80); Herrler in: Palandt (Fn. 64), § 868 Rn. 2; Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (536); Wilhelm, SachenR (Fn. 5), Rn. 508.

⁹⁷ Vgl. im Einzelnen Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (536).

⁹⁸ Siehe in § 869 S. 2 BGB und § 872 BGB „der mittelbare Besitzer“ sowie in § 870 BGB „der mittelbare Besitz“; vgl. RGZ, 135, 75 (80).

⁹⁹ RGZ, 135, 75 (81).

¹⁰⁰ RGZ, 135, 75 (81); Anstatt „Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird“ müsste § 870 also „Ein mittelbares Besitzverhältnis kann auf einen anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird“ lauten.

¹⁰¹ Hager (Fn. 5), S. 348: „Niemand wird wohl aus § 1153 Abs. 2 Halbs. 2 BGB schließen wollen, ein Grundstück könne nur mit einer einzigen Hypothek belastet werden“; vgl. auch Brem (Fn. 83), S. 28; Dölle (Fn. 74), JW 1932, 1212 (1212); Müller (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (88); Sonntag (Fn. 83), S. 77.

¹⁰² Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 1 Rn. 5.

¹⁰³ Brem (Fn. 83), S. 34; vgl. auch BGH NJW 2019, 1669 (1670 Rn. 14): „neben dem Eigentum und anderen dinglichen Rechten auch den (berechtigten) unmittelbaren Besitz an der Sache“; RGZ 135, 75 (80f.) scheint dies aber anzunehmen; unpräzise auch Sonntag (Fn. 83), S. 78: „ein vom Gesetz geschaffenes Recht – der Besitz“.

¹⁰⁴ Besitzschutz (§§ 1007, 861, 862), Übertragbarkeit (§§ 854 Abs. 2, 870 BGB) und Vererbbarkeit (§ 857 BGB); siehe dazu: Brem (Fn. 83), S. 34.

¹⁰⁵ H.M.: BGH NJW 2019, 1669 (1670 Rn. 13) mit einer Vielzahl von Nachweisen.

¹⁰⁶ Im Ergebnis übereinstimmend: RGZ, 135, 75 (80f.); Picker (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (536); Tiedtke (Fn. 79), WM 1978, 446 (451); vgl. auch Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 40.

¹⁰⁷ Brem (Fn. 83), S. 34.

¹⁰⁸ Schäfer in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 868 Rn. 20.

¹⁰⁹ Vgl. BGH NJW 1993, 935 (936f.); Kaiser in: Staudinger, Neub. 2019, § 1006 Rn. 37; Raff in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 1006 Rn. 39.

¹¹⁰ Vgl. BGH NJW 2003, 1055 (1056); Kaiser in: Staudinger (Fn. 109), § 1006 Rn. 40; Raff in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 1006 Rn. 37.

Eine solche Eigentumsart wird jedoch nirgendwo im Sachenrecht erwähnt.¹¹¹ Das Eigentum als dingliches Recht (vgl. § 903 S. 1 BGB) ist unmittelbar vom Schutzbereich des numerus clausus der Sachenrechte erfasst. Folglich ist eine Erweiterung der Eigentumsarten unstatthaft und so stellt sich die Frage, welchen Rechtsschein der Nebenbesitz nun aufstellen soll.

Das gleiche Problem stellt sich im Rahmen der Ersitzung. Soll der mittelbare Nebenbesitzer, der die Sache zehn Jahre im Eigenbesitz gehalten hat, „Nebeneigentum“ nach § 937 Abs. 1 BGB erwerben?¹¹²

Anhänger der Nebenbesitzlehre lehnen diese Möglichkeit zwar ab,¹¹³ jedoch zeigt sich exemplarisch, „daß sich eine Figur wie der Nebenbesitz im Besitzkonzept des Gesetzes an allen Ecken und Enden stößt“¹¹⁴. Auch verwandelt die Haltung dem Nebenbesitz jegliche positive Rechtsfolge abzusprechen, das Besitzkonstrukt eher in einen Nichtbesitz als einen Nebenbesitz.¹¹⁵ Damit wäre der Nebenbesitz lediglich zum Vehikel einer teleologischen Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB degradiert.¹¹⁶

ee) Zwischenergebnis: Keine Zulässigkeit des Nebenbesitzes

Der Lehre vom Nebenbesitz ist somit nach hier vertretener Ansicht nicht zu folgen. Dieses Ergebnis entspricht der Ansicht der Rechtsprechung¹¹⁷ und Teilen der Literatur¹¹⁸.

b) Folgen bei Annahme des Nebenbesitzes

Wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht einen Nebenbesitz anerkennt und in den vorliegenden Konstellationen bejaht, dann stellt sich die Frage, ob dies nicht trotzdem einen ausreichenden Rechtsschein darstellt, um das Alleineigentum an der Fräsmaschine zu erlangen. Eine vereinzelt vertretene Ansicht bejaht einen ausreichenden Rechtsschein.¹¹⁹ Die weit überwiegende Ansicht verweist darauf, dass den §§ 932ff. BGB der Grundsatz zu entnehmen sei, dass der Erwerber der Sache näher rücken müsse als der Eigentümer und damit Nebenbesitz nicht ausreichend sei für den Erwerb von Alleineigentum.¹²⁰

Dass dieser Grundsatz in seiner Allgemeinheit anzunehmen ist, ist vor dem Hintergrund der Existenz der §§ 933, 934 Alt. 1 BGB fraglich. Liegt nämlich kein verdecktes Doppelspiel des Vorbehaltskäufers vor, so kann der Erstinteressent mangels Übergabe immer noch nicht nach § 933 BGB erwerben, obwohl er rechtsgeschäftlich, d.h. nach Vereinbarung eines Besitzkonstituts, näher an die Sache herangerückt ist als der Eigentümer¹²¹. Demnach kann nach § 933 BGB eine bessere besitzrechtliche Position des Erwerbers im Vergleich zum ursprünglichen Eigentümer für den gutgläubigen Erwerb allein nicht ausreichend sein.¹²² Vielmehr ist nach §§ 932, 933 und 934 Alt. 2 BGB ein tatsächliches Heranrücken erforderlich.¹²³

¹¹¹ Siehe dazu: *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (537f.); vgl. auch RGZ 135, 75 (81); *Müller/Gruber*, SachenR (Fn. 65), Rn. 485; *Brem* (Fn. 83), S. 35 und *Sonntag* (Fn. 83), S. 79 sowie *Wieling/Finkenauer*, SachenR (Fn. 2), § 6 Rn. 15 schlagen vor, dass die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB nicht im Innenverhältnis der Nebenbesitzer gelten soll, jedoch im Außenverhältnis. Eine Stütze für diese bemerkenswerte Differenzierung zwischen Außen- und Innenverhältnis lässt sich im Wortlaut des § 1006 BGB jedoch nicht erblicken. Ferner würde diese Differenzierung in eine Art relatives Eigentum münden, vgl. *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (533ff.).

¹¹² Vgl. *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (400).

¹¹³ *Brehm/Berger*, SachenR (Fn. 83), § 27 Rn. 78; *Medicus*, in: *Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke* (Fn. 29), 611 (615); *Sonntag* (Fn. 83), S. 80; *Weber* (Fn. 14), JuS 1999, 1 (6).

¹¹⁴ *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (538), zu anderen Folgeproblemen vgl. (537); vgl. auch *Oechsler* in: *MüKo-BGB* (Fn. 2), § 934 Rn. 8.

¹¹⁵ Angelehnt an *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (538); vgl. auch *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (401); *Wilhelm*, SachenR (Fn. 5), Rn. 992.

¹¹⁶ *Medicus*, in: *Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke* (Fn. 29), 611 (615) spricht unverblümt davon, dass der Nebenbesitz „bloß den gutgläubigen Erwerb nach § 934 BGB einschränken“ solle; *Kainer*, SachenR, 1. Aufl. 2021, § 13 Rn. 39 scheint das Problem zu erkennen und spricht ehrlicherweise vom Nebenbesitz nicht als „besitzrechtliches Phänomen“ sondern als „Denkfigur“ im Rahmen einer teleologischen Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB. Zur teleologischen Reduktion siehe D.II.2.a).

¹¹⁷ RGZ 135, 75 (79ff.); 138, 265 (267); BGH NJW 1979, 2037 (2038); der BGH übergeht im Fräsmaschinenfall die Frage des Nebenbesitzes und geht direkt zur Frage der Reduktion des Anwendungsbereiches, vgl. BGHZ 50, 45 (49ff.) = NJW 1968, 1382 (1383f.).

¹¹⁸ *Bayer* in: *Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl. 2020, § 934 Fn. 6; *Hager* (Fn. 5), S. 360ff.; *C. Heinze* in: *Staudinger* (Fn. 6), § 934 Rn. 3; *Henssler* in: *Soergel* (Fn. 31), § 868 Rn. 7; *Herrler* in: *Palandt* (Fn. 64), § 868 Rn. 2ff.; *Jakl*, Der unsichtbare Rechtsscheinträger? – Der Zuckerfall, Jura 2010, 292 (295); *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (402); *Krekel* in: *RGRK-BGB* (Fn. 84), § 868 Rn. 9, 21; *Müller/Gruber*, SachenR (Fn. 65), Rn. 483, 1485; *Musielak*, Eigentumserwerb an beweglichen Sachen nach §§ 932ff. BGB, JuS 1992, 713 (720); *Oechsler* in: *MüKo-BGB* (Fn. 2), § 934 Rn. 8; *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (533ff.); *Prütting*, SachenR (Fn. 85), Rn. 431; *Schäfer* in: *MüKo-BGB* (Fn. 2), § 868 Rn. 20; *Schapp/Schur*, SachenR (Fn. 45), Rn. 216; *Schreiber*, SachenR (Fn. 85), Rn. 76; *Szerkus* (Fn. 72), ZJS 2016, 592 (595); *Tiedtke* (Fn. 16), S. 17f., 36; *ders.* (Fn. 79), WM 1978, 446 (451); *Wellenhofer*, SachenR (Fn. 63), § 15 Rn. 15; *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 18 Rn. 7, § 48 Rn. 12; *Wilhelm*, SachenR (Fn. 5), Rn. 508.

¹¹⁹ *Manigk*, Anmerkungen zu RG, Urt. v. 29.11.1927 – VI 351/27, JW 1928, 398; *Sonntag* (Fn. 83), S. 120; so wohl auch *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (416).

¹²⁰ *Baur/Stürner*, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 24; *Brehm/Berger*, SachenR (Fn. 83), § 27 Rn. 76f.; *Dubischar* in: *Wassermann* (Fn. 83), § 868 Rn. 8; *Lüke*, SachenR (Fn. 63), Rn. 215; *Medicus*, in: *Baumgärtel/Becker/Klingmüller/Wacke* (Fn. 29), 611 (623); *ders./Petersen*, BürgerR (Fn. 29), Rn. 558; *Müller* (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (88); *Wacke* (Fn. 29), S. 55; *Wieling/Finkenauer*, SachenR (Fn. 2), § 10 Rn. 24; *Wolff/Raiser*, SachenR (Fn. 14), S. 256 Fn. 32.

¹²¹ Nach Vereinbarung des Besitzkonstituts erlangt der Erstinteressent mittelbaren Alleinbesitz. Der Eigentümer hingegen hat selbst nach der Nebenbesitzlehre mangels verdeckten Doppelspiels (z.B. Ausbleiben der Kaufpreiszahlung, mangelnde Befolgung von Weisungen etc.) keinerlei besitzrechtliche Position.

¹²² So aber ausdrücklich: *Medicus/Petersen*, BürgerR (Fn. 29), Rn. 558; vgl. auch *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (400).

¹²³ Übergabe als tatsächliches Element, siehe dazu C.I.1.

Sollte man das Heranrücken jedoch in tatsächlicher Hinsicht verstehen, d.h. für einen gutgläubigen Erwerb eine Verschiebung der Sache in die Nähe des Herrschaftsbereiches des Erwerbers verlangen, so gerät man bei § 934 Alt. 1 BGB in Erklärungsnot. Dieser verlangt grundsätzlich keine Verschiebung der Sache, sondern nur eine Verschiebung des Herrschaftsbereichs durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Demnach reicht ein rechtsgeschäftliches Heranrücken im Widerspruch zu § 933 BGB für den gutgläubigen Erwerb aus. Die Existenz des § 934 Alt. 1 BGB kann man dabei nicht wegdiskutieren,¹²⁴ auch wenn man durch die Nebenbesitzlehre versucht den Anwendungsbereich klein zu halten.¹²⁵ Man könnte den Tatbestand des § 934 Alt. 1 BGB lediglich als Durchbrechung des oben genannten Grundsatzes verstehen, sodass § 934 Alt. 1 BGB zu den übrigen Erwerbstatbeständen der §§ 932ff. BGB in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis steht. Demnach kann man den §§ 932ff. BGB den Grundsatz entnehmen, dass der Erwerber der Sache tatsächlich näher gerückt sein muss als der ursprüngliche Eigentümer. Nur nach § 934 Alt. 1 BGB ist es ausnahmsweise ausreichend, dass der Erwerber rechtsgeschäftlich der Sache näher rückt als der ursprüngliche Eigentümer.¹²⁶ Folglich kann es in Ablehnung der ersten Ansicht für den Erwerb des Alleineigentums nicht ausreichend sein, wenn mittelbarer Nebenbesitz übertragen wird. Unter hypothetischer Annahme eines Nebenbesitzes im vorliegenden Fall fehlt damit ein Rechtsscheintatbestand, der zum Erwerb des Alleineigentums führen kann.

c) Zwischenergebnis: Keine Wortlautöffnung

Nach oben Gesagtem ist nicht davon auszugehen, dass es neben dem mittelbaren Allein- und Mitbesitz noch einen mittelbaren Nebenbesitz gibt. Ohne diese Alternative ist nach dem Wortlaut des § 934 Alt. 1 BGB iVm. §§ 870, 398ff. BGB hinreichender vertrauensetzender Tatbestand die Übertragung des mittelbaren Mitbesitzes (grundsätzliche Rechtsfolge: Miteigentumserwerb) oder

des mittelbaren Alleinbesitzes (grundsätzlich Rechtsfolge: Alleineigentumserwerb).

d) Hinweise für die Fallbearbeitung

Der Nebenbesitzlehre wird zwar hier nicht gefolgt, jedoch erfreut sie sich heute immer noch regen Zulaufs.¹²⁷ Gursky¹²⁸ und Lange/Schiemann¹²⁹ zeigen auf, dass man auch einen Streitentscheid unterlassen kann, wenn man am konkreten Fall darlegt, dass objektiv kein hinreichendes Doppelspiel vorliegt.

Vieweg/Röthel¹³⁰ nennen pointiert die Hauptargumente beider Seiten, unterlassen aber – aus didaktischen Gründen – einen Streitentscheid. Schwabe¹³¹ beschränkt sich darauf, die Argumente der Nebenbesitzlehre zu nennen und folgt dieser.

Sollte man die Nebenbesitzlehre ablehnen wollen, so kann man sich auf die stärksten Gegenargumente beschränken, d.h. zum einen die Fragwürdigkeit eines gespaltenen gleichrangigen Besitzmittlungswillens¹³² sowie die Folgeproblemen bei Annahme eines Nebenbesitzes¹³³. Sollte man die Zeit haben, kann man auch methodisch ansprechend das Wortlaut-¹³⁴ sowie das numerus-clausus-Argument¹³⁵ anführen.

2. Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB?

Mangels Existenz des Nebenbesitzes konnte die D-Bank lediglich den mittelbaren Alleinbesitz an die E-Bank nach §§ 870, 398ff. BGB übertragen. Damit wurde nach oben genannter Auslegung ein ausreichender Rechtsschein iSd. § 934 Alt. 1 BGB gesetzt.

Es könnte jedoch eine Reduktion des Anwendungsbereiches unter (a) teleologischen oder (b) verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geboten sein.

a) Teleologische Reduktion

Eine teleologische Reduktion ist geboten, wenn die von der Norm verlangte Rechtsfolge die Art des begutachteten Sachverhalts nach dem Willen des einfachen Gesetzgebers,

¹²⁴ So wohl aber Müller (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (88f.).

¹²⁵ Beispiel des § 934 Alt. 1 BGB ohne Nebenbesitzproblematik: Es fehlt am verdeckten Doppelspiel des K. Das ursprüngliche Mittelungsverhältnis zu V bricht folglich selbst nach der Nebenbesitzlehre komplett zusammen. Wie im Ausgangsfall kommt es daraufhin zur Sicherungsübereignung und der Abtretung des Herausgabeanspruches. Dabei war die E-Bank die ganze Zeit gutgläubig. Hier sieht man, dass ein rechtsgeschäftliches Heranrücken entgegen § 933 BGB für einen gutgläubigen Erwerb ausreichend sein kann.

¹²⁶ Zu einem gemeinsamen Konzept des gutgläubigen Erwerbs, das ohne Regel-Ausnahme-Argumente auskommt, s. Fn. 161.

¹²⁷ Siehe Fn. 83.

¹²⁸ Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 133ff.; wie hier vertreten, reicht Kaufpreiszahlung nicht aus, um ein hinreichendes Doppelspiel zu konstituieren.

¹²⁹ Lange/Schiemann, SachenR (Fn. 15), S. 57f.

¹³⁰ Vieweg/Röthel, SachenR (Fn. 15), S. 80f.; zeigen auf, dass beide Ansichten gut zu vertreten sind. Steht auch in Korrespondenz zur wertungsneutral gehaltenen und umfangreichen Darstellung des Streits in Vieweg/Werner, SachenR (Fn. 2), § 2 Rn. 40ff.

¹³¹ Schwabe, SachenR (Fn. 15), S. 104f., 108.

¹³² Siehe dazu: D.II.1.a).cc).

¹³³ Siehe dazu: D.II.1.a).dd).(3).

¹³⁴ Siehe dazu: D.II.1.a).dd).(1).

¹³⁵ Siehe dazu: D.II.1.a).dd).(2).

der im Sinn und Zweck der Norm zum Ausdruck kommt, nicht treffen soll.¹³⁶ Es muss also ein „Zuviel“ geben, dass zurückgedrängt werden muss, damit sich der objektive Wille des einfachen Gesetzgebers optimal entfalten kann. Sollte der einfache Gesetzgeber jedoch zum Ausdruck gebracht haben, dass die Norm die Art des Sachverhalts erfassen soll, so ist diesem Willen grundsätzlich vom Richter Geltung zu verschaffen (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG).¹³⁷

Auffällig ist im Fall des § 934 Alt. 1 BGB der augenscheinliche Wertungswiderspruch zu § 933 BGB. Wollte der Gesetzgeber bei § 933 BGB noch den „heimlichen“, d.h. für den ursprünglichen Eigentümer nicht ersichtlichen, gutgläubigen Erwerb durch das Übergabeerfordernis verhindern, so erscheint es fragwürdig, dass er dies in § 934 Alt. 1 BGB wieder ermöglichen wollte.¹³⁸

Diese Beobachtung stützt sich jedoch lediglich auf einen wertenden Vergleich der §§ 933, 934 Alt. 1 BGB. Fraglich ist, ob die tatsächliche Gesetzgebungshistorie diese Beobachtung unterstützt.¹³⁹

Während der Revision der heutigen §§ 932ff. BGB stellte ein Mitglied der zuständigen 2. Kommission – namentlich Rudolph Sohm – zeitlich versetzt zwei Anträge. Nach diesen Anträgen sollte § 934 BGB dahingehend ergänzt werden, dass ein Erwerb nach § 934 Alt. 1 BGB unmöglich sein soll, wenn die Sache nie unfreiwillig die Hände verlassen

hat, in die der ursprüngliche Eigentümer sie gelegt hat. Sohm antizipierte also die Art der Fräsmaschinenfälle. Er befürchtete einen Wertungswiderspruch zum heutigen § 933 BGB und folgte dem im germanischen Recht vorkommenden Rechtsgrundsatz „Hand wahre Hand“¹⁴⁰. Der historische Gesetzgeber wurde damit gleich zweimal auf die Problematik der Fräsmaschinenfälle aufmerksam gemacht. Trotz dessen hat sich dieser im Fall des § 934 Alt. 1 BGB – durch mehrheitliche Ablehnung der Anträge – dazu entschieden dem Verkehrsschutz gegenüber dem Eigentümerschutz den Vorrang zu geben. Damit ist aus Sicht des einfachen Gesetzgebers nicht von einem „Zuviel“ auszugehen.¹⁴¹ Eine teleologische Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB ist demnach, im Anschluss an Rechtsprechung¹⁴² und Teile der Literatur¹⁴³, abzulehnen.¹⁴⁴

b) Verfassungsrechtlich gebotene Reduktion

Eine Reduktion des Anwendungsbereiches einer Norm kann auch geboten sein, wenn die beabsichtigte Anwendung gegen höherrangiges Recht, insbesondere Verfassungsrecht, verstößt.¹⁴⁵ Das „Zuviel“ beurteilt sich damit aus Sicht des höherstehenden Gesetzes.

In Betracht kommt ein Verstoß gegen den Allgemeinen Gleichbehandlungssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Nach diesem

¹³⁶ BVerwG NVwZ 2014, 1170 (1172 Rn. 14); *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1964, S. 83; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 391; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, Rn. 614; *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 130; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 57; vgl. im Kontext der §§ 933, 934 BGB insbesondere *Penner* (Fn. 2), S. 121; Siehe zur prinzipiellen Zulässigkeit einer teleologischen Reduktion im deutschen Recht: BVerfG NJW 1993, 2861 (2863).

¹³⁷ *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 136), S. 54f.; vgl. auch *Canaris* (Fn. 136), S. 82ff.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 110; *Reimer*, Methodenlehre (Fn. 136), Rn. 620; *Larenz* (Fn. 136), S. 373; vgl. im Kontext des Fräsmaschinenfalles insbesondere: *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (421f.).

¹³⁸ *Müller* (Fn. 29), AcP 137 (1933), 86 (87) beschreibt diese Beobachtung illustrativ: „Der Gesetzgeber [müsste] die Weisheit, mit der er den § 933 begründete, bei § 934 schon wieder vergessen haben.“; siehe auch *Boehmer*, Bürgerl-RO (Fn. 22), S. 38.

¹³⁹ Zum Nachfolgenden: *Gebhard/Achilles/Spahn*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band VI, 1899, S. 263f. = *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, 1899, S. 634; *Lohsse* (Fn. 290), AcP 206 (2006), 527 (550f.); *Oechsler* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 934 Rn. 2; *Penner* (Fn. 2), S. 121ff.; entgegen *Oechsler* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 934 Rn. 2 Fn. 8 machen *Lohsse* und *Penner* zeitgleich auf den ausdrücklichen Willen des historischen Gesetzgebers aufmerksam. Ferner nahm *Hager* (Fn. 5), S. 337 Fn. 41 auch schon Kenntnis von der „Mindermeinung“ Sohms.

¹⁴⁰ Dieser Rechtsgrundsatz besagt unter anderem, dass ein gutgläubiger Erwerber schutzlos ist, wenn er die Sache in den Händen des Veräußerers belässt, vgl. *Lohsse* (Fn. 29), AcP 206 (2006), 527 (532).

¹⁴¹ *Wilhelm*, SachenR (Fn. 5), Rn. 988 Fn. 1733 kommt zu einem anderen Ergebnis, indem er in Anschluss an *Lohsse* (Fn. 29), AcP 206 (2006), 527 (551) davon spricht, dass die 2. Kommission den erkannten Wertungswiderspruch „nicht genügend beachtet“ habe. Daraus zieht er – anders als *Lohsse* – dass, eine Korrektur geboten sei. Indessen kann der Rechtsanwender nicht selbstständig aus seinem Rechtsempfinden ein „nicht genügend“ feststellen, vgl. *Reimer*, Methodenlehre (Fn. 136), Rn. 620; *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 136), S. 54 f.; Vielmehr muss der Rechtsanwender darlegen, dass der ausdrückliche Wille des historischen Gesetzgebers, ob nun „gut durchdacht“ oder nicht, vom Willen eines höherrangigen Gesetzgebers gebrochen wird. „Nicht genügend“ muss also am Maßstab des höherrangigen Rechts festgestellt werden. Andernfalls begibt sich der Rechtsanwender unzulässigerweise in den Stuhl des (einfachen) Gesetzgebers.

¹⁴² BGHZ 45 (49ff.) = NJW 1968, 1382 (1383f.).

¹⁴³ *Bayer* in: Erman (Fn. 118), § 934 Rn. 2; *C. Heinze* in: Staudinger (Fn. 6), § 934 Rn. 3; *Henssler* in: Soergel (Fn. 31), § 934 Rn. 6; *Herrler* in: Palandt (Fn. 64), § 934 Rn. 2; *Lohsse* (Fn. 29), AcP 206 (2006), 527 (552f.); *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (421); *Müller/Gruber*, SachenR (Fn. 65), Rn. 1475 Fn. 151; *Oechsler* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 934 Rn. 2; *Penner* (Fn. 2), S. 121ff.; *Prütting*, SachenR (Fn. 85), Rn. 431; *Schapp/Schur*, SachenR (Fn. 45), Rn. 216; *Schreiber*, SachenR (Fn. 85), Rn. 173; *Wellenhofer*, SachenR (Fn. 63), § 15 Rn. 15; *Vieweg/Werner*, SachenR (Fn. 2), § 5 Rn. 22.

¹⁴⁴ a.A.: *Hager* (Fn. 5), S. 342 f., 364 f. *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (405ff.); *Musielak* (Fn. 118), JuS 1992, 713 (720ff.); *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 548ff.; *Wilhelm*, SachenR (Fn. 5), Rn. 995.

¹⁴⁵ Wird in der Literatur zum Teil auch als teleologische Reduktion bezeichnet, vgl. *Larenz* (Fn. 136), S. 392; *Wank*, Methodenlehre (Fn. 136), § 15 Rn. 132. Dieser Begriff erscheint jedoch fragwürdig, wenn der Sinn und Zweck (teleos) einer Norm nach Willen des einfachen Gesetzgebers eindeutig ist. Der Wille des einfachen Gesetzgebers kann lediglich durch höherrangiges Recht gebrochen werden. Der teleos der Norm bleibt dabei gleich. Er wird lediglich durch das höherrangige Recht überlagert. „Verfassungskonforme Rechtsfortbildung“ (*Wank*, Methodenlehre (Fn. 136), § 15 Rn. 133 Fn. 317) oder verfassungskonforme Reduktion wäre der bessere Begriff.

Grundsatz muss der gleiche Hoheitsträger wesentlich gleiche Sachverhalte gleich behandeln.¹⁴⁶

aa) Ungleichbehandlung

In der Art der Fräsmaschinenfälle bleibt die Sache in der zweiten sowie in der dritten Phase in den Händen derjenigen Person, in der der Eigentümer sein Vertrauen gesetzt hat. Ferner erlangen die Erwerber in der zweiten sowie in der dritten Phase mittelbaren Besitz. Durch die vom einfachen Gesetzgeber beabsichtigte Anwendung des § 934 Alt. 1 BGB knüpft das Gesetz an die beiden – im Wesentlichen gleich liegenden – Sachverhalte zum Nachteil des ursprünglichen Eigentümers unterschiedliche Rechtsfolgen: In der zweiten Phase kann der Eigentümer sein Eigentum gegenüber dem Erwerber behaupten. In der dritten Phase hingegen wird dem Eigentümer der Schutz verwehrt.

Demnach wird ein wesentlich gleich liegender Sachverhalt rechtlich ungleich bewertet.¹⁴⁷

bb) Rechtfertigung

Eine Ungleichbehandlung im Kontext des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes mündet jedoch nicht unmittelbar in einer Verletzung desselben.¹⁴⁸ Mangels verschärfender Umstände ist die Ungleichbehandlung, die durch vom einfachen Gesetzgeber beabsichtigte Anwendung des § 934 Alt. 1 BGB ausgelöst wird, auf Willkür zu überprüfen.¹⁴⁹ Willkürlich ist eine Ungleichbehandlung, wenn sich für sie keine vernünftigen Erwägungen finden lassen, die sich aus der Natur der Sache ergeben oder sonst wie einleuchtend sind.¹⁵⁰ Dabei muss das Fehlen eines sachlichen Grundes evident sein.¹⁵¹

Die Ungleichbehandlung der Sachverhalte knüpft daran an, dass sich der Veräußerer bei § 933 BGB durch Abschluss des Besitzkonstituts nicht jeglichen Besitzrestes entledigt, sondern einen Besitzrest und damit einen Rest Besitzverschaffungsmacht zurückbehält.¹⁵² Bei § 934 Alt. 1 BGB verliert der Veräußerer hingegen schon durch die Abtretung seines Herausgabeanspruches seinen Besitz und seine Besitzverschaffungsmacht. Gleiches Phänomen ist auch bei den Erwerbstatbeständen des § 932 BGB zu beobachten.¹⁵³ Damit ist gemeinsames Regelungskonzept der §§ 932, 933, 934 Alt. 1 BGB, dass für einen gutgläubigen Erwerb von Alleineigentum die (vollständige) Übertragung des Besitzes notwendig ist und nicht allein die Schaffung einer irgendwie gearteten Besitzposition auf Seiten des Erwerbers.¹⁵⁴ Auch ist es konsequent, dass der Gesetzgeber, der in § 1006 Abs. 3 BGB dem unmittelbaren und den mittelbaren Besitz die gleiche Rechtsscheinwirkung zugesprochen hat, in § 934 Alt. 1 BGB an die Übertragung des mittelbaren Besitzes die gleiche Rechtsfolge knüpft, wie die §§ 932, 933 BGB bei der Übertragung des unmittelbaren Besitzes.¹⁵⁵ Damit wäre § 934 Alt. 1 BGB folgerichtiger Erwerbstatbestand im System des Sachenrechts und nicht willkürliches Produkt gesetzgeberischer Tätigkeit.

Problematisch ist, dass der Veräußerer bei § 934 Alt. 2 BGB keinerlei Besitzposition innehat und dementsprechend keine Besitzposition auf den Erwerber übertragen kann.¹⁵⁶ In diesen Fällen scheint es lediglich für den Erwerber so, als ob eine Übertragung stattfindet.¹⁵⁷ Mithin scheint der oben aufgestellte Grundsatz, dass für einen gutgläubigen Erwerb die Übertragung und nicht die Schaffung von Besitz auf Erwerberseite notwendig sei, fragwürdig. Indessen setzt diese Beobachtung nur den § 934 Alt. 2 BGB dem

¹⁴⁶ BVerfG NJW 1951, 877 (879); *Epping*, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Rn. 778; *Kingreen* in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 202. EL 2020, Art. 3 Rn. 240; *Kirchhof* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz Kommentar, 95. EL 2021, Art. 3 Abs. 1 Rn. 296.

¹⁴⁷ BGHZ 50, 45 (51f.) = NJW 1968, 1382 (1384).

¹⁴⁸ BVerfG NJW 1951, 877 (879); *Epping*, GrundR (Fn. 146), Rn. 794.

¹⁴⁹ Gleicher Prüfungsmaßstab auch in BGHZ 50, 45 (51f.) = NJW 1968, 1382 (1384); *Gursky*, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 139; *Hager* (Fn. 5), S. 342; *Jakl* (Fn. 118), Jura 2010, 292 (295); *Müller/Gruber*, SachenR (Fn. 65), Rn. 1475; *Penner* (Fn. 2), S. 126; *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 48 Rn. 9; möglicherweise könnte man im Kontext des einheitlichen Prüfungsmaßstabes, den das BVerfG seit 2010 bei der Rechtfertigung anlegt, für eine strengere Prüfung argumentieren, vgl. für den einheitlichen Prüfungsmaßstab: *Epping*, GrundR (Fn. 146), Rn. 798ff. mwN.

¹⁵⁰ BVerfG NJW 1951, 877 (878); BVerfGE 12, 326 (333); *Epping*, GrundR (Fn. 146), Rn. 795; *Kirchhof* in: D/H/S (Fn. 146), Art. 3 Abs. 1 Rn. 265, 436.

¹⁵¹ BVerfG JuS 2007, 861 (863); 1052 (1055); *Kirchhof* in: D/H/S (Fn. 146), Art. 3 Abs. 1 Rn. 268; *Nußberger* in: *Sachs*, Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 9; so wohl auch *Larenz* (Fn. 136), S. 335 Fn. 45; a.A. *Penner* (Fn. 2), S. 126 Fn. 380; zur Kritik der Evidenzvoraussetzung: *Krugmann*, Gleichheit, Willkür und Evidenz, JuS 1998, 7.

¹⁵² RGZ 137, 23 (25); BGHZ 50, 45 (48) = NJW 1968, 1382 (1383); *Baur/Stürmer*, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 20; *C. Heinze* in: *Staudinger* (Fn. 6), § 934 Rn. 2; *Jakl* (Fn. 118), Jura 2010, 292 (295); *Kainer*, SachenR (Fn. 116), § 13 Rn. 39; *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (418); *Müller/Gruber*, SachenR (Fn. 65), Rn. 1475; *Oechsler* in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 934 Rn. 2; *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 48 Rn. 9; *Wieling/Finkenauer*, SachenR (Fn. 2), § 10 Rn. 23.

¹⁵³ *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (419).

¹⁵⁴ BGHZ 50, 45 (49f.) = NJW 1968, 1382 (1383); *Baur/Stürmer*, SachenR (Fn. 2), § 52 Rn. 20; *Michalski* (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (418ff.); *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 48 Rn. 9.

¹⁵⁵ BGHZ 50, 45 (48ff.) = NJW 1968, 1382 (1383); *Jakl* (Fn. 118), Jura 2010, 292 (295); *Müller/Gruber*, SachenR (Fn. 65), Rn. 1475; *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR (Fn. 2), § 48 Rn. 9.

¹⁵⁶ *Kindl* (Fn. 25), AcP 201 (2001), 391 (399); *Picker* (Fn. 29), AcP 188 (1988), 511 (517f.); siehe auch *Lohsse* (Fn. 29), AcP 206 (2006), 527 (528) mwN.

¹⁵⁷ Siehe Fn. 156 für Nachweise.

Vorwurf der Willkür aus.¹⁵⁸ Ferner kann man den § 934 Alt. 2 BGB nutzen, um zu einer Modifikation des Konzepts des gutgläubigen Erwerbs zu kommen.¹⁵⁹ Dabei kann man die von der Nebenbesitzlehre geprägte Formel¹⁶⁰ einbauen, dass der Erwerber der Sache besitzrechtlich näherkommen muss als der Eigentümer.¹⁶¹ Demnach ist für den gutgläubigen Erwerb nach den §§ 932ff. BGB Folgendes grundsätzlich notwendig: (1) Der Erwerber muss auf – wenigstens augenscheinliche – Veranlassung des vermeintlichen Eigentümers der Sache besitzrechtlich näherkommen als der eigentliche Eigentümer, (2) während der Veräußerer besitzrechtlich vollständig von der Sache entfernt sein muss.¹⁶² So baut der Erwerber sowohl im Vergleich zum wahren Eigentümer als auch im Vergleich zum wahrgenommenen Eigentümer eine engere besitzrechtliche Sachbeziehung auf.¹⁶³ Aus dieser Formel kann man schließen, dass der Gesetzgeber eine Abwägungsentscheidung getroffen hat, in der sowohl Erwerber- als auch Eigentümerinteressen berücksichtigt wurden: Zum einen wurde berücksichtigt, wie der Eigentümer zu Sache steht und zum anderen, wie es sich aus besitzrechtlicher Sicht für den Erwerber darstellt. Dass der Gesetzgeber mit diesem Konzept den Erwerber bzw. den Rechtsverkehr stärker schützt als den Eigentümer, mag man rechtspolitisch bedauern, jedoch kann man dabei nicht von Willkür sprechen. Der einfache Gesetzgeber hat hier als „Erstinterpret des Art. 3 Abs. 1 GG“¹⁶⁴ eine Abwägungsentscheidung getroffen, die von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden ist.

cc) Zwischenergebnis: Keine verfassungsrechtlich gebotene Reduktion

Mithin vermag es Art. 3 Abs. 1 GG nicht, eine Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB zu rechtfertigen.¹⁶⁵

c) Zwischenergebnis: Keine Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB

Damit ist eine Reduktion des § 934 Alt. 1 BGB weder aus teleologischen noch aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geboten.

d) Hinweise für die Fallbearbeitung

Die Reduktion des Anwendungsbereiches einer Norm ist nicht nur in der Praxis mit Vorsicht zu genießen, sondern auch in der Klausur. Man riskiert schnell auf Abwege zu geraten. Beim Fräsmaschinenfall wird diese Idee jedoch in den Fallbüchern von Gursky¹⁶⁶, Lange/Schiemann¹⁶⁷ und Vieweg/Röthel¹⁶⁸ (zu Recht) explizit hervorgehoben. Lediglich Schwabe¹⁶⁹ unterlässt eine Darstellung.

Es sei noch darauf hingewiesen, dass es zu Stirnrundeln beim Korrektor kommen kann, wenn man in einer zivilrechtlichen Klausur in die gutachterliche Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG einsteigt. Für eine freiere Darstellung sei hier auf die gutachterliche Lösung Gurskys¹⁷⁰ hingewiesen.

III. Ergebnis: Keine Korrektur des Ergebnisses

Damit ist zu resümieren, dass eine Korrektur des Ergebnisses auf Ebene des Rechtsscheintatbestandes lediglich *de lege ferenda*¹⁷¹ zu erreichen ist.¹⁷² Da V das Eigentum an der Fräsmaschine an die E-Bank verloren hat, ist dieser nicht anspruchsberechtigt iSd. § 985 BGB. V kann somit nicht die Fräsmaschine von der E-Bank herausverlangen.

¹⁵⁸ C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 932ff. Rn. 17 spricht auch davon, dass, wenn man die Konzeption der §§ 932, 933 einhalten wolle, § 934 Alt. 1 BGB konsequent sei. Im Einklang mit dieser Beobachtung ist § 934 Alt. 2 BGB eher der Fremdkörper in den §§ 932ff. BGB.

¹⁵⁹ So auch Michalski (Fn. 14), AcP 181 (1981), 384 (418f.).

¹⁶⁰ Siehe dazu oben bei Fn. 120.

¹⁶¹ Folgendes ist soweit ersichtlich noch nicht in der Literatur erwähnt.

¹⁶² Mit dieser Formel lässt sich auch der (Schein-)Geheißerwerb erklären, der sich nicht ordnen lässt, wenn man meint, dass für einen gutgläubigen Erwerb nach den §§ 932ff. BGB die vollständige Übertragung, aber nicht die Schaffung von Besitz ausreichend sei. Der Veräußerer beim (Schein-) Geheißerwerb hat nämlich keinerlei Besitzposition inne; ähnlich auch Oechsler in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 934 Rn. 2.

¹⁶³ Bleibt der Veräußerer unmittelbarer Besitzer der Sache unter Vereinbarung eines Besitzkonstituts, so wird der Erwerber lediglich „auch“ Besitzer (§ 868). Zwar mag die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB für ihn sprechen, jedoch ist maßgeblich, dass der Veräußerer sachlich gesehen näher an der Sache ist als der Erwerber.

¹⁶⁴ Kirchhof in: D/H/S (Fn. 146), Art. 3 Abs. 1 Rn. 436.

¹⁶⁵ So auch BGHZ 50, 45 (51f.) = NJW 1968, 1382 (1384); Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 139; Müller/Gruber, SachenR (Fn. 65), Rn. 1475; Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR (Fn. 2), § 48 Rn. 9; a.A. Hager (Fn. 5), S. 342; Penner (Fn. 2), S. 126.

¹⁶⁶ Gursky, KlausurenK (Fn. 15), Rn. 138ff.

¹⁶⁷ Lange/Schiemann, SachenR (Fn. 15), S. 58f.

¹⁶⁸ Vieweg/Röthel, SachenR (Fn. 15), S. 81.

¹⁶⁹ Vgl. Schwabe, SachenR (Fn. 15), S. 99ff.

¹⁷⁰ Gursky, KlausurenK (Fn. 15), S. 138ff.

¹⁷¹ Aus dem Standpunkt des zukünftigen/noch zu schaffenden Rechts.

¹⁷² Nach hier vertretener Ansicht, die nicht weiter erläutert werden kann, kann man im Einzelfall höhere Anforderungen an die Gutgläubigkeit des Erwerbers stellen, vgl. dazu C. Heinze in: Staudinger (Fn. 6), § 934 Rn. 3. Die E-Bank ist nach dem oben beschriebenen (heiligen) Sachverhalt gutgläubig, weshalb im Gutachten nicht näher auf die Frage der Gutgläubigkeit eingegangen werden müsste.

E. Fazit

Bei der Auslegung des Rechts muss man sich fragen, was Recht ist und nicht was Recht sein sollte. Das eigene subjektive Gerechtigkeitsempfinden ist nicht der Maßstab, an dem ein Ergebnis gemessen wird, sondern am zeitlich festgehaltenen und strukturell abgesicherten objektiven Willen des – zumeist unmittelbar – demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Der Fräsmaschinenfall ist deswegen so herausfordernd, weil er den Rechtsanwender in den Grenzbereich von verfassungsrechtlich gebotener Rechtsfortbildung und rechtspolitisch-motivierter Rechtsbeugung¹⁷³ schiebt. Eine Korrektur darf dabei nicht auf Kosten, der zwar wenig plastischen – aber deshalb nicht weniger wichtigen – Gewaltenteilung, durchgeführt werden. Man müsste für ein anderes Ergebnis im Fräsmaschinenfall die Bereitschaft mitbringen, genau dieses Zentralprinzip der Verfassung auf dem Altar der Ergebniskorrektur zu opfern.¹⁷⁴ In Replik auf die Überschrift dieses Lernbeitrags ist also festzuhalten: Der Fräsmaschinenfall – Keine Korrektur um jeden Preis.

¹⁷³ Hier nicht iSd. § 339 StGB gemeint.

¹⁷⁴ Angelehnt an Weber (Fn. 14), JuS 1999, 1 (6): „Hinzutreten muss die [...] Bereitschaft den selbst erkannten „berechtigten sachlichen Zweck“ der Schaffung dieser Rechtsfigur auf dem Altar der Bindung an den puren Gesetzeswortlaut zu opfern.“