

Die Lehre vom Nebenbesitz und gutgläubiger Erwerb nach § 934 Alt. 1 BGB

Von Akad. Mitarbeiter **Oscar Szerkus**, Berlin*

Seit der nun knapp ein halbes Jahrhundert zurückliegenden Entscheidung des BGH im sog. Fräsmaschinenfall fristet die Lehre vom Nebenbesitz in der Examensvorbereitung ein Schattendasein: Unzureichende Kenntnis des dogmatischen Unterbaus und das zu dieser „verworrenen Besitzlage“ vertretene Meinungsspektrum führen zu Schwachstellen im Umgang mit relevanten Argumentationsstrukturen und Unisicherheiten bezüglich ihrer Verortung in der Fallbearbeitung. Der Beitrag soll den Nebenbesitz dem Besitzbild des BGB gegenüberstellen und neben den dogmatischen Grundlagen das Für und Gegen dieses Konstrukts im Bereich des redlichen Erwerbs nach § 934 Alt. 1 BGB systematisieren, letztlich auch verdeutlichen, wo der Nebenbesitz bei der Falllösung zu berücksichtigen ist.

I. Einleitung

Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet¹ postulierte der hochklassische römische Jurist *Ulpian* und obwohl diese Regel im römischen Privatrecht² beheimatet ist, sollte sie strenggenommen bis heute Relevanz behalten: Der Nichteigentümer als nichtberechtigt über das Eigentum Verfügender kann aus sich selbst heraus kein Eigentum auf einen anderen übertragen. Gleichwohl gestatten die Vorschriften der §§ 932-934 BGB den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten, freilich unter bestimmten Voraussetzungen. Neben dem bloßen Willensmoment des Verfügenden müssen vielmehr eine dingliche Einigung sowie tatsächliche Übergabe der Sache oder ein Übergabesurrogat vorliegen, maßgeblich zudem ist der Erwerber, dessen vorausgesetzter guter Glaube an das Eigentum des Verfügenden³ sich auf einen

geeigneten Rechtsscheinträger stützen muss.⁴ Nicht ignoriert werden soll schließlich der § 932 BGB, der einen gutgläubigen Erwerb abhanden gekommener Sachen untersagt.

Für das Eigentum an Mobilien fungiert gem. § 1006 BGB der Besitz als ein geeigneter Rechtsscheinträger – es wird nämlich vermutet, dass es in einem konkreten Fall zu keiner Aufspaltung von Besitz und Eigentum gekommen ist, also dass der gegenwärtige Besitzer auch tatsächlich Eigentümer der sich in seinem Besitz befindlichen Sache ist.⁵ Ist dieser gute Glaube berechtigt, gestattet das Gesetz, je nach Übergabeform, gem. §§ 932-935 BGB den lastenfremden Erwerb des Eigentums in der Person des Erwerbers, der trotz Identität mit dem ursprünglichen Eigentum nicht Rechtsnachfolger des ehemaligen Eigentümers wird.⁶

Im Folgenden wird sich den Erwerbstatbeständen der §§ 933, 934 BGB näher gewidmet, wobei die durch (mehrfachen) mittelbaren Besitz entstehenden Konflikte bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs gem. § 934 BGB, insbesondere die Lehre vom Nebenbesitz, hauptsächlich berücksichtigt werden sollen.

II. Voraussetzungen der §§ 933, 934 BGB

1. § 933 BGB

Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 930, 933 BGB ist zunächst das Vorliegen aller – bis auf die Berechtigung des Veräußerers – Tatbestandsmerkmale des § 929 S. 1 BGB. Das sind gemeinhin: Einigung über den Eigentumsübergang, Übergabe der veräußerten Sache und Einigsein⁷ über den Eigentumsübergang im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung.

§ 930 BGB modifiziert jedoch den Grundtatbestand der Übergabe des § 929 S. 1 BGB dahingehend, dass statt einer tatsächlichen Übergabe der veräußerten Sache ein Besitzmittlungsverhältnis gem. § 868 BGB zwischen Veräußerer und Erwerber vereinbart wird, das die Übergabe als Surrogat funktional ersetzt.⁸ Verschafft wird dem Erwerber mithin

* Der Autor ist Akad. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Europäisches und Internationales Privatrecht (Prof. Dr. Oliver L. Knöfel) an der Europa-Universität Viadrina und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische sowie Vergleichende Rechtsgeschichte (Univ.-Prof. Dr. Ignacio Czeguhn) an der Freien Universität Berlin.

¹ „Niemand kann mehr an Recht auf einen anderen übertragen, als er selbst hat“, Digesten des Corpus Iuris Civilis, 50. Buch, 17. Titel, 54. Fragment, am Anfang.

² Im römischen Privatrecht galt das strenge Traditionsprinzip, nach dem eine – modern ausgedrückt – rechtsgeschäftliche Eigentumsverschaffung stets derivativ war; im Ergebnis musste der Verfügende selbst Eigentümer der Sache sein, weil sonst der Erwerber kein Eigentum von ihm ableiten konnte. Ein redlicher Eigentumserwerb vom Nichteigentümer war gleichwohl anerkannt, wenn auch unter den Voraussetzungen der *usucapio* (Ersitzung), also nach Zeitablauf. Mehr hierzu *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 20. Aufl. 2014, §§ 24-26.

³ Dies folgt e contrario aus § 932 Abs. 2 BGB („das ihm die Sache nicht gehört“).

⁴ Dies konkretisierte so der BGH bereits in einer frühen Entscheidung aus dem Jahre 1953, BGHZ 10, 81; siehe auch BGHZ 55, 128. Zum guten Glauben vertiefend *Wiegand*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 932 Rn. 35 ff.

⁵ Siehe auch *Medicus*, JuS 2001, 294.

⁶ Es entsteht mithin kein „neues“ Eigentum – der Nichtberechtigte verfügt über das Eigentum des Eigentümers, bloß eben – aus Eigentümersicht – unerlaubt, aber es wird auch nicht „genau das alte“ Eigentum übertragen, weil dieses unter Umständen nicht lastenfremd war, *Enneccerus/Kipp/Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, S. 258 sowie *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 A I Rn. 5-6.

⁷ Als Geltungsbestätigung der dinglichen Einigung, *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, 25. Aufl. 2010, § 7 II Rn. 18; zum Widerruf der Einigung BGH NJW 1978, 696.

⁸ *Wolf/Wellenhofer* (Fn. 7), § 7 IV Rn. 30.

nicht der unmittelbare Besitz, sondern sein Ersatz in Form des mittelbaren Besitzes – eben ein Besitzkonstitut.⁹

„Gehört die nach § 930 BGB veräußerte Sache nicht dem Veräußerer“, so das Gesetz in § 933 BGB, „so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird“. Aufgrund der Nichtberechtigung des Veräußerers wird der Erwerb um zwei zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen erweitert, nämlich um die Übergabe der Sache durch den Veräußerer und das Erfordernis des guten Glaubens beim Erwerber. Was zum Erwerb vom Berechtigten nach §§ 929 S. 1, 930 BGB ausreichte, wird in § 933 wieder aufgehoben: Nun genügt kein Übergabesurrogat nach § 930 BGB mehr, vielmehr muss der Verfügende dem Erwerber unmittelbaren Besitz an der Sache wie nach § 929 S. 1 BGB verschaffen, damit dieser gutgläubig erwerben kann.¹⁰ Tut er dies nicht, ist ein redlicher Erwerb nach §§ 929 S. 1, 930, 933 BGB ausgeschlossen.

2. § 934 BGB

Auch im Falle des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 931, 934 BGB ist zunächst Voraussetzung, dass alle – bis auf die Berechtigung des Veräußerers – Tatbestandsmerkmale des § 929 S. 1 BGB vorliegen. Auch § 931 BGB modifiziert den § 929 S. 1 BGB und zwar dahingehend, dass statt der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes (Übergabe) und statt eines sie ersetzenden Übergabesurrogats, eine Übertragung des mittelbaren Besitzes gem. §§ 870, 398 BGB vereinbart wird.¹¹ Dem Wortlaut des § 931 BGB entsprechend wird auf den Erwerber jedoch nicht „mittelbarer Besitz“ übertragen, sondern der (nicht notwendigerweise) fällige Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer abgetreten. Dieser wird sich regelmäßig aus einem Schuldverhältnis zwischen dem Eigentümer und unmittelbaren Besitzer ergeben¹², etwa aus der Miete (§§ 535 ff. BGB), Leihe (§§ 598 ff. BGB) oder Sicherungsabrede.¹³

Parallel zum Erfordernis der Übertragung des mittelbaren Besitzes nach § 931 BGB zum Eigentumserwerb vom Berechtigten genügt ebenfalls nach § 934 Alt. 1 BGB die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch den Nichtberechtigten auf den redlichen Erwerber. § 934 Alt. 2 lockert einerseits diese Voraussetzung, weil der nichtberechtigten Verfügende an den Erwerber nun nicht den mittelbaren Besitz übergeben muss (weil er ihn nicht hat), andererseits verschärft diese Vorschrift den Erwerb durch das Erfordernis der unmittelbaren Besitzerlangung durch den Erwerber.¹⁴ Beiden Alternati-

ven ist aber gemein, was ohnehin Grundvoraussetzung der §§ 932-935 BGB ist – der Erwerber muss bezüglich der Eigentümerstellung des Verfügenden im guten Glauben sein.

III. Regelungsgehalt der §§ 933, 934 BGB

1. Ausgangsfall

Großhändler P bezieht Pizzaöfen unter Eigentumsvorbehalt direkt vom Hersteller H. Die Geschäfte laufen gut und um seine Expansionswünsche zu realisieren, wendet sich P an B, die ihm ein Darlehen bewilligt, für das er im Gegenzug eine bestimmte Menge an Pizzaöfen zur Sicherheit übereignet, bevor P den Kaufpreis für sie vollständig abbezahlt hat. P bleibt Besitzer der betroffenen Pizzaöfen, die er zu Demonstrationszwecken für potentielle Kunden in seinem Showroom weiterhin nutzen darf. Als B in Finanzierungsnot gerät, übereignet sie die Pizzaöfen unter Abtretung des Herausgabeanspruchs an G.

Im vorangestellten Fall, der die Ausgangssituation des berühmten Fräsmaschinenfalls¹⁵ aus dem Jahre 1968 paraphrasiert, geht es einerseits um die Frage, wer nach den zweifelhaften Machenschaften des letzten Veräußerers der Eigentümer der gegenständlichen Sachen ist: Behält also der ursprüngliche Eigentümer sein Eigentum oder wird er zugunsten eines bona fide Erwerbenden sozusagen enteignet? Andererseits drängt sich die Frage auf, wie dieser „heimliche Gutgläubigerwerb“¹⁶ über den letzten Veräußerer auf die besitzrechtliche Position des nichts ahnenden Eigentümers Einfluss nimmt und ob diese – weiterbestehend oder aufgelöst – den Anforderungen des Gesetzes an einen gutgläubigen Erwerb gerecht wird.

In concreto übereignet hier der ursprüngliche Eigentümer H die Pizzaöfen unter der Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung an den Vorbehaltskäufer P, §§ 929 S. 1, 185 Abs. 1 BGB. P wird so unmittelbarer Fremdbesitzer, H mittelbarer Eigenbesitzer¹⁷; zwischen P und H besteht so ein Besitzmittlungsverhältnis gem. § 868 BGB, aus dem Anwartschaftsrecht¹⁸ hat P ein absolutes, auch gegenüber H, Recht zum Besitz, § 986 BGB.¹⁹ Bevor H durch vollständige Abzahlung des Kaufpreises das Eigentum an den Pizzaöfen an P verliert, werden sie unter der auflösenden Bedingung der vollständigen Darlehensabbezahlung weiter übereignet, nämlich unter Vereinbarung eines Besitzkonstituts zur Kreditsicherung an die B, § 930 BGB. Aus der Sicherungsvereinbarung ergibt sich regelmäßig ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Kreditnehmer und -geber.²⁰ P bleibt weiterhin unmittelbarer Besitzer. Für wen er jetzt genau besitzt, also ob für H oder nun für B, ist schon jetzt potentiell problembehaft-

⁹ Baur/Stürner (Fn. 6), § 51 E I Rn. 21.

¹⁰ Vgl. Wiegand (Fn. 4), § 933 Rn. 1-2, der zurecht darauf hinweist, dass der Gesetzgeber mit dem Erfordernis der Übergabe den redlichen Erwerb des § 933 BGB an die Voraussetzungen der §§ 929 S. 1, 932 BGB knüpft und damit diese Erwerbsform für den Gutgläubensschutz „praktisch aufgehoben“ hat.

¹¹ Wolf/Wellenhofer (Fn. 7), § 7 V Rn. 38.

¹² BGH NJW 1959, 1536 (1538).

¹³ Siehe auch die Darstellung bei Baur/Stürner (Fn. 6), § 51 F III Rn. 38.

¹⁴ Wolf/Wellenhofer (Fn. 7), § 8 V Rn. 15.

¹⁵ BGHZ 50, 45 = NJW 1968, 1382.

¹⁶ Vgl. Titel der Abhandlung von W. Müller, AcP 136 (1933), 86.

¹⁷ Wolf/Wellenhofer (Fn. 7), § 14 II Rn. 19.

¹⁸ A. Lorenz, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 868 Rn. 13.

¹⁹ A. Lorenz (Fn. 18), § 868 Rn. 13.

²⁰ Ganz h.M., vgl. Joost, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 868 Rn. 24.

tet, jedoch im Ergebnis noch nicht ergebnisrelevant.²¹ Als sich B ihrerseits an den Käufer G wendet, kann sie diesem die gegenständlichen Pizzaöfen nur unter Abtretung des Herausgabeanspruchs aus dem Besitzmittlungsverhältnis kraft Sicherungsabrede gegen den unmittelbaren Besitzer P zur Sicherheit übereignen, § 931 BGB. Da B jedoch nicht Eigentümerin der Pizzaöfen ist, handelt sie hierbei als Nichtberechtigter; es greift der Mechanismus der §§ 932-935 BGB. Weil B an G gem. § 931 BGB übereignete, ist § 934 BGB heranzuziehen; von den beiden Alternativen ist – dem Telos und Wortlaut dieser Vorschrift entsprechend – in dieser Fallkonstellation die erste einschlägig: Der Veräußerer, hier B, ist bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer P selbst mittelbarer Besitzer.

Streng dem Wortlaut des § 934 Alt. 1 BGB nach würde im Ergebnis B das Eigentum des H unter Abtretung ihres Herausgabeanspruchs gegen P an G wirksam übertragen. Im Vergleich zu den Erfordernissen des § 933 BGB sehen darin zahlreiche Stimmen in der Literatur einen Wertungswiderspruch, der im Folgenden erläutert wird.

2. Problemstellung

Bereits nach der Gesetzeslektüre wird deutlich, dass die Vorschriften der §§ 933, 934 BGB nicht nur andere Voraussetzungen für den redlichen Erwerb stellen, sondern auf unterschiedlichen Ausgangsfällen basieren: Je nach Entfernung der Sache zum Veräußerer gestattet das Gesetz den redlichen Erwerb unter einfacheren (bloße Abtretung des Herausgabeanspruchs) oder schwereren (Verschaffung unmittelbaren Besitzes) Voraussetzungen.

Der Fräsmaschinenfall verbrachte den BGH in eine Situation, in der im Prinzip erneut²² und diesmal eindeutig das Problempotential der Vorschriften der §§ 933, 934 BGB zur Geltung kam: Wie kann für den gutgläubigen Fahrniserwerb nach § 934 BGB genügen, dass der (unberechtigte) Veräußerer bloß den Herausgabeanspruch aus einem Besitzmittlungsverhältnis gegen den unmittelbaren Besitzer an den Erwerber abtritt, diesem also lediglich mittelbaren Besitz, ein Besitzkonstitut, verschaffen muss, während gem. § 933 BGB eine Übergabe im Sinne von § 929 S. 1 BGB erfolgen muss, der Erwerb mittelbaren Besitzes also gerade nicht ausreichen soll?²³

²¹ An dieser Stelle ist nicht problematisch, dass der (nur) mittelbare Besitz der B Rechtsscheinträger ist – dies wird erst bei der Prüfung des § 934 BGB relevant, bei Frage des gutgläubigen Erwerbs durch G, dazu sogleich.

²² Vgl. schon RGZ 89, 348; 126, 21; 138, 265; BGH NJW 1955, 499; BGH JZ 1966, 234; später auch BGH NJW 1979, 2037.

²³ Vgl. insbesondere Müller, AcP 136 (1933), 86.; Michalski, AcP 181 (1981), 384; Picker, AcP 188 (1988), 511 (516); Medicus, in: Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag, S. 611 (612); Musielak, JuS 1992, 713 (721); Weber, JuS 1999, 1; Kindl, AcP 201 (2001), 391 (397 ff.); Stagl, AcP 211 (2011), 530 (579); Fritzsche, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 868 Rn. 40 ff.; Wiegand (Fn. 4), § 934 Rn. 2; Oechsler, in: Münchener

3. Vertretene Meinungen

Geht man hier von einer Antinomie²⁴ aus – als Voraussetzung mittelbarer Besitz einerseits, nur unmittelbarer Besitz andererseits – und folgt man dem Gesetzeswortlaut, konzentriert sich dieser Wertungswiderspruch um den Besitz als Legitimation für den Erwerb bona fide. Zahlreiche Autoren²⁵ vertreten die Auffassung, das oben dargestellte Problem könne gelöst – oder jedenfalls gelindert – werden, indem auf eine nicht vom Gesetz vorhergesehene besitzrechtliche Neubildung zurückgegriffen wird – den Nebenbesitz.²⁶

a) Die Lehre vom Nebenbesitz

Ausgangspunkt der Befürworter dieses Konstrukts ist die Überzeugung, der Erwerber, um wirksam zu erwerben, müsse besitzrechtlich näher an die Sache herankommen, als der ehemalige Eigentümer.²⁷ Der Überzeugung liegt zudem das Traditionsprinzip zugrunde: Bei der Übergabe gem. § 929 S. 1 BGB muss der Besitz derart übertragen werden, dass sich der Verfügende seines Besitzes restlos entledigt.²⁸ Gleiches soll gelten, wenn nicht der unmittelbare, sondern lediglich der mittelbare Besitz gem. §§ 929 S. 1, 931 BGB übertragen wird.²⁹ Ist der Veräußerer nämlich mittelbarer Besitzer, wie er es auch im Falle des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 929 S. 1, 931, 934 Alt. 1 BGB ist, so darf bei ihm nach Übertragung dieses Besitzes kein Besitzrest verbleiben, weder beim Verfügenden, noch bei einem Dritten.

Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 934 Rn. 6 ff.; Baur/Stürner (Fn. 6), § 52 B IV Rn. 24; zur Genese des Wertungswiderspruchs Lohsse, AcP 206 (2006), 527 (542 ff.).

²⁴ So Picker, AcP 188 (1988), 511 (520).

²⁵ Medicus (Fn. 23), S. 611 ff.; Weber, JuS 1999, 1 (5); Baur/Stürner (Fn. 6), § 52 B IV Rn. 24; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, Rn. 558 ff.; Wieling, Sachenrecht, 2007, S. 80; Brehm/Berger, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 19; Weber, Sachenrecht I, 3. Aufl. 2013, Rn. 25; Lüke, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, § 5 II Rn. 215; so auch noch Quack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 1986, § 934 Rn. 4.

²⁶ Die Rechtsfigur geht zurück auf Wolff, Sachenrecht, 7. Aufl. 1927, S. 67; und terminologisch wohl auf Dölle, JW, 1932, 1212; ders., JW 1932, 3763. Die fortwährende Diskussion um eine Lösung der Folgen der vorgestellten Antinomie wurde auch schon von Raiser in einer Fußnote beiläufig auf eine weitere Schiene verlegt, nämlich die des § 139 BGB: Enneccerus/Kipp/Wolff (Fn. 6), S. 255 Fn. 18; eingehend dazu Michalski, AcP 181 (1981), 384; zu den anderen Lösungsvorschlägen etwa Müller, AcP 137 (1933), 88; Musielak, JuS 1992, 720.

²⁷ Medicus (Fn. 23), S. 623.

²⁸ RGZ 137, 23 (25); BGHZ 56, 123 (129); Weber, JuS 1998, 577; Oechsler (Fn. 23), § 929 Rn. 53; Baur/Stürner (Fn. 6), § 51 C II Rn. 19.

²⁹ Oechsler (Fn. 23), § 931 Rn. 18; Meller-Hannich, in: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, Kommentar zum BGB Band 3: Sachenrecht, 4. Aufl. 2016, § 931 Rn. 2.

Es stellt sich damit die Frage, wie und bei wem Besitz überhaupt verbleiben kann, wenn doch der mittelbare Besitz auf den Erwerber übertragen wird. Relevant wird die Frage bei doppeldeutigem Verhalten des unmittelbaren Besitzers: Zahlt beispielsweise der Vorbehaltskäufer nach der Sicherungsübereignung der gegenständlichen Sache an einen Dritten weiterhin die Kaufpreistraten, so manifestiert er doch gleichzeitig einen entsprechenden Besitzmittlungswillen gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer.

An dieser Stelle greift die Lehre vom Nebenbesitz ein und postuliert: Wird der Besitz an der Sache etwa für einen Vorbehaltsverkäufer (Eigentümer) gemittelt und wird diese Sache an einen unwissenden Kreditgeber zur Sicherung gem. §§ 929 S. 1, 931 BGB übertragen, verliert der Kreditgeber seinen mittelbaren Besitz an einen weiteren Erwerber nach §§ 929 S. 1, 931, 934 Alt. 1 BGB, das Besitzmittlungsverhältnis zum ursprünglichen Eigentümer indes bleibe unberührt, wenn der unmittelbare Besitzer weiterhin für ihn besitzt.³⁰ In dem soeben genannten Beispiel mittle der Vorbehaltskäufer und Sicherungsschuldner den Besitz sowohl dem Vorbehaltsverkäufer, als auch dem Sicherungsgläubiger. Danach nähere sich der gutgläubig vom Sicherungsgläubiger Erwerbende dem Besitz an der Sache nicht ausreichend, um den Eigentümer aus seiner Position zu verdrängen. Der Erwerbsinteressent trete daher nur neben den Eigentümer als Besitzer, beide seien mithin Nebenbesitzer.³¹

b) Kritik

Gegen die Lehre vom Nebenbesitz wenden sich ein Großteil des Schrifttums und die Rechtsprechung.³² Die vorgebrachte Kritik äußert sich im Wesentlichen in zwei Punkten. Einer-

³⁰ Prior tempore potior iure – nach dem Prioritätsprinzip soll das erste Besitzmittlungsverhältnis Bestand behalten, vgl. *Oechsler* (Fn. 23), § 934 Rn. 8. Freilich hängt dies aber vom konstitutiven Besitzmittlungswillen des unmittelbaren Fremdbesitzers ab, der erkennbar manifestiert wird – dieses umstrittene Kriterium soll in der vorliegenden Darstellung nicht näher thematisiert werden. Siehe hierzu RGZ 135, 75 (78, Fremdbesitzerwille); BGH NJW 1955, 499; BGH NJW 1979, 2038; BGHZ 85, 263 (265) = NJW 1983, 568; BGH NJW 2005, 359 (364, Besitzmittlungswille); *Wiegand* (Fn. 4), § 934 Rn. 4.

³¹ *Medicus/Petersen* (Fn. 25), Rn. 558, 561; zum Ganzen vor allem *Kindl*, AcP 201 (2001), 391 (399).

³² BGH NJW 1959, 1536; BGHZ 50, 45 = NJW 1968, 1382; BGH NJW 1979, 2037 (2038); *Kindl*, *Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung*, 1999, S. 325 ff.; *Michalski*, AcP 181 (1981), 384; *Picker*, AcP 188 (1988), 511; *Tiedtke*, Jura 1983, 465; *W. Bayer*, in: *Erman, Kommentar zum BGB*, 14. Aufl. 2014, § 934 Rn. 6; *Oechsler* (Fn. 23), § 934 Rn. 8; *Henssler*, in: *Soergel, Kommentar zum BGB*, 13. Aufl. 2002, § 934 Rn. 7; *Wiegand* (Fn. 4), § 934 Rn. 2; *Meder/Czelk*, *Grundwissen Sachenrecht*, 2. Aufl. 2008, S. 140; *Wilhelm*, *Sachenrecht*, 4. Aufl. 2010, A IV 5 c Rn. 508; *Westermann/Gursky/Eickmann*, *Sachenrecht*, 8. Aufl. 2011, § 48 II 3 Rn. 12; *Prütting*, *Sachenrecht*, 35. Aufl. 2014, § 35 IV 4 Rn. 431.

seits wird der Figur des Nebenbesitzes die Existenzberechtigung abgesprochen: Dieser finde seinen Platz nämlich weder im Gesetz, noch im System des Besitzes.³³ Andererseits wird argumentiert, der gutgläubige Eigentumserwerb in den Fällen der §§ 929 S. 1, 931, 934 Alt. 1 BGB könne nicht von einem heimlichen Willen des unmittelbaren Besitzers abhängen³⁴ – entscheidet sich dieser, ohne dies zum Ausdruck zu bringen, den Besitz plötzlich nicht mehr für den, unserem Beispiel folgend, Sicherungsnehmer, sondern ausschließlich dem Vorbehaltsverkäufer zu mitteln, sei ein gutgläubiger Eigentumserwerb ausgeschlossen; überlegt es sich der Besitzmittler anders, könne der Erwerber gutgläubig erwerben.

c) Stellungnahme

In der Tat findet sich de lege lata keine Stütze für die Figur des Nebenbesitzes. Auch entspricht der Nebenbesitz nicht dem Besitzbild, das dem BGB zugrunde liegt. Dieselbe Erkenntnis wird gewonnen, betrachtet man die rein faktische Dimension des Besitzes: Er ist zuvörderst – den gängigen Lehrbuchdefinitionen folgend – die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache, das zusätzliche natürliche Willensmoment ergänzt den Besitz als bloßes Faktum und ermöglicht auch seine subjektive Zuordnung und „verrechtlicht“ ihn im System des Besitzschutzes. Die tatsächliche Sachherrschaft kann normativ gelockert werden, sodass ein (mehrstufiger) mittelbarer Besitz möglich ist. Indes ist der Nebenbesitz eine Multiplikation desselben Besitzes. Abgesehen davon, dass dies rein faktisch nicht möglich erscheint – zwei Personen können dieselbe Sache nicht im gleichen Maße animo et corpore innehaben³⁵ – stellt sich noch die Frage nach dem Herausgabeanspruch der Nebenbesitzer: Würde das Recht zum Besitz des zweifachen Besitzmittlers erlöschen, wäre er beiden gleichermaßen zur Herausgabe der Sache verpflichtet.

Betrachtet man die Vereinbarung eines zweiten Besitzmittlungsverhältnisses, nämlich des aus der Sicherungsabrede mit dem Kreditgeber, als Manifestation des Willens, fortan nur für diesen den Besitz zu mitteln, so erscheint es vorzugswürdig, an dieses Verhalten die Folge zu knüpfen, dass der Besitz nicht mehr für den Vorbehaltsverkäufer gemittelt wird. Ein heimlicher anderslautender Wille ist per definitionem nicht einsehbar und – würde er zum redlichen Erwerb maßgeblich sein – wäre er Dreh- und Angelpunkt des Erwerbs nach § 934 Alt. 1 BGB. Ist der Wille hingegen nicht heimlich, so richtet sich das Bestehen eines Besitzmittlungsverhältnisses nach dem Besitzmittlungswillen des unmittelbaren Besitzers: Mittelt er den Besitz dem Vorbehaltsverkäufer, ist ein Erwerb ohnehin nach § 934 Alt. 1 BGB ausgeschlossen, weil dann der zedierende Kreditgeber keinen mittelbaren Besitz innehat. Insgesamt ist daher die Lehre vom Nebenbesitz abzulehnen.

³³ Vor allem RGZ 135, 75 (82); 138, 265 (267); BGHZ 50, 45 (50 ff.); *Picker*, AcP 188 (1988), 511 (536 ff.); *Tiedtke*, Jura 1983, 460 (465); *Joost* (Fn. 20), § 868 Rn. 20.

³⁴ Insbesondere *Picker*, AcP 188 (1989), 511 (538 ff.); *Joost* (Fn. 20), § 868 Rn. 20.

³⁵ So auch *Picker*, AcP 188 (1988), 511 (539 und 545).

IV. Ergebnis

Die Figur des (mittelbaren) Nebenbesitzes kann relevant werden und ist dann zu thematisieren, wenn es sich in der Fallbearbeitung um den gutgläubigen Erwerb einer unter Abtretung des Herausgabeanspruchs gem. § 934 BGB übereigneten Sache handelt.

Wird in der Fallbearbeitung geprüft, ob der gutgläubige Erwerber Eigentum an einer nach §§ 929 S. 1, 931, 934 Alt. 1 BGB vom Nichtberechtigten veräußerten Sache erworben hat und besteht im Zeitpunkt dieser Verfügung ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Nichtberechtigten als mittelbarer Besitzer und einem unmittelbaren Besitzer, so ist in den Tatbestandsvoraussetzungen des § 934 Alt. 1 zu prüfen, ob der verfügende Nichtberechtigte sich des (mittelbaren) Besitzes zugunsten des redlichen Erwerbers vollständig entledigt hat. Vollständig bedeutet, dass kein Besitzrest zurückbleiben soll. Besitz, oder sein Rest, bleibt jedoch dann beim ursprünglichen Eigentümer zurück, wenn diesem der Besitz ebenfalls gemittelt wird. Ob ein etwaiger Besitzrest relevant ist oder ob ein solcher überhaupt verbleiben kann, ist Gegenstand eines Streits, der oben dargestellt wurde.