

Handelsrechtlicher gutgläubiger Erwerb

Literatur: *Bauer*, Zur Publizitätsfunktion des Besitzes bei Übereignung von Fahrnis, in: Festschrift *Bosch*, 1976, S. 1; *Baur/Stürner*, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl. 1992M; *Bosch*, Nochmals: Schützt § 366 HGB auch das Vertrauen auf die Vertretungsmacht im Handelsverkehr?, JuS 1988, 439; *Bülow*, Gutgläubiger Erwerb vom Scheinkaufmann, AcP 186 (1986), 576; Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, 1896 (zit.: *Denkschrift*); *Frohn*, Kein gutgläubiger Erwerb des Werkunternehmerpfandrechts?, AcP 161 (1962), 31; *Henke*, Gutgläubiger Erwerb gesetzlicher Besitzpfandrechte?, AcP 161 (1962), 1; *Langner*, Der gute Glaube an die Vertretungsmacht im Handelsrecht, LZ 1929, 1244; *Lux*, Die Entwicklung des Gutgläubensschutzes im 19. und 20. Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung des Wechselrechts, 1939; *Müller*, Sachenrecht, 4. Aufl., 1997; *Nickel*, Der Scheinkaufmann – Wandelungen einer Lehre in acht Jahrzehnten, JA 1980, 566; *Ogris*, Guter Glaube an die Vertretungsmacht – Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zu § 366 Abs. 1 HGB, 1987; *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965; *Reinicke*, Schützt § 366 Abs. 1 HGB den guten Glauben an die Vertretungsmacht?, AcP 189 (1989), 79; *Reinicke/Tiedtke*, Der gutgläubige Erwerb eines Pfandrechts an beweglichen Sachen, JA 1984, 202; *Karsten Schmidt*, Schützt § 366 HGB auch das Vertrauen auf die Vertretungsmacht im Handelsverkehr?, JuS 1987, 936; *Söllner*, Der Erwerb vom Nichtberechtigten in romanistischer Sicht, in: Festschrift *Coing*, 1982, Bd. I, S. 363; *Tiedtke*, Gutgläubiger Erwerb im bürgerlichen Recht, im Handels- und Wertpapierrecht sowie in der Zwangsvollstreckung, 1985; *ders.*, Erwerb beweglicher und unbeweglicher Sachen kraft guten Glaubens, Jura 1983, 460; *Wiegand*, Fälle des gutgläubigen Erwerbs außerhalb der §§ 932 ff BGB, JuS 1974, 545; *Wolf*, Sachenrecht, 14. Aufl., 1997.

Übersicht

<p>I. Allgemeines 1</p> <p>II. Bürgerlichrechtlicher Gutgläubensschutz 7</p> <p>1. Grundzüge der Übereignung beweglicher Sachen vom berechtigten Eigentümer nach §§ 929 ff BGB 7</p> <p> a) Übereignung nach § 929 Satz 1 BGB 7</p> <p> aa) Einigung 8</p> <p> bb) Übergabe 11</p> <p> b) Übereignung nach § 929 Satz 2 BGB 16</p> <p> c) Übereignung nach § 929 Satz 1 i. V. m. § 930 BGB 17</p> <p> d) Übereignung nach § 929 Satz 1 i. V. m. § 931 BGB 23</p>	<p>2. Grundzüge des gutgläubigen Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten nach §§ 932 ff BGB 26</p> <p> a) Regelungszweck der §§ 932 ff BGB 26</p> <p> b) Die Regelungssystematik der §§ 932–934 BGB 28</p> <p> c) Beschränkung auf Verkehrsgeschäfte 29</p> <p> d) Der Umfang des Gutgläubensschutzes 30</p> <p> e) Der Tatbestand des guten Glaubens 32</p> <p> f) Der gutgläubige Erwerb nach § 929 Satz 1, § 932 Abs. 1 Satz 1 BGB bei Übergabe 37</p>
--	--

- g) Der gutgläubige Erwerb nach § 929 Satz 2, § 932 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB bei Übergabe kurzer Hand (brevi manu traditio) 39
- h) Der gutgläubige Erwerb nach § 929 Satz 1, § 930 i. V. m. § 933 BGB bei Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses 40
- i) Der gutgläubige Eigentums-erwerb nach § 929 Satz 1, § 931 i. V. m. § 934 BGB bei Abtretung des Heraus-gabeanspruchs 41
- j) Kein gutgläubiger Erwerb bei abhanden gekommenen Sachen (§ 935 BGB) 44
- k) Der gutgläubige lasten-freie Erwerb nach § 936 BGB 45
- l) Rechtsfolge des gutgläu- bigen Erwerbs 47
- 3. Grundzüge des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs nach §§ 1207 f BGB 48
 - a) Die Regelung des § 1207 BGB 48
 - b) Zeitpunkt des guten Glaubens 49
 - c) Der gutgläubige Erwerb des Vorrangs nach § 1208 BGB 50
- III. Handelsrechtlicher Gut- glaubensschutz 51
 - 1. Der gutgläubige Eigentums- erwerb vom Nichtberechtigten aufgrund guten Glaubens an die Verfügungsmacht des Veräuße- rers nach § 366 Abs. 1 HGB 51
 - a) Die Voraussetzungen des § 366 Abs. 1 HGB 52
 - aa) Kaufmannseigenschaft des Veräußerers oder Verpfänders 52

- bb) Bewegliche Sache als Gegenstand der Veräu- ßerung oder Verpfän- dung 58
- cc) Betriebsbezogenheit der Veräußerung oder Ver- pfändung 59
- dd) Die allgemeinen Voraus- setzungen des gutgläu- bigen Erwerbs nach §§ 932 ff, 1207 BGB 60
- b) Die fehlende Verfügungs- befugnis 61
 - aa) Die Verfügungs- befugnis 61
 - bb) Ist auch der gute Glaube an die Vertretungsmacht von § 366 Abs. 1 HGB umfaßt? 62
- c) Der Tatbestand des guten Glaubens 78
 - aa) Allgemeines 78
 - bb) Fallgruppen 82
 - (1) Berufsstellung des Kaufmanns 83
 - (2) Differenzierung zwischen Umsatz- geschäften und Siche- rungsgeschäften 84
 - (3) Verfügungen außerhalb des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs 86
 - (4) Einfluß von bestimmten Urkunden 87
- d) Kein gutgläubiger Erwerb bei abhanden gekommenen Sachen 89
- e) Die Rechtsfolge des gut- gläubigen Erwerbs 90
- f) Das Verhältnis von § 366 HGB zu den §§ 932 ff BGB 91
- 2. Der gutgläubige lastenfreie Erwerb vom Nichtberechtigten aufgrund guten Glaubens an die Verfügungsmacht des Veräuße- rers nach § 366 Abs. 2 HGB 92

- 3. Der gutgläubige Erwerb gesetz- licher Pfandrechte nach § 366 Abs. 3 HGB 95
 - a) Die Entstehung der gesetz- lichen Pfandrechte im Unter- schied zu den vertraglichen Pfandrechten 97
 - b) Kaufmannsstellung nicht erforderlich 98
 - c) Der Tatbestand des guten Glaubens 99
 - aa) Der gute Glaube an das Eigentum des Schuldners 100
 - bb) Der gute Glaube an die Befugnis zum Abschluß von Verträgen, die zur Entstehung eines gesetz- lichen Pfandrechts führen 101
 - d) Analoge Anwendung des § 366 Abs. 3 HGB auf das Werkunternehmerpfandrecht nach § 647 BGB? 102
- e) Kein gutgläubiger Erwerb bei abhanden gekomme- nen Sachen 103
- f) Die Rechtsfolge des gut- gläubigen Erwerbs 104
- 4. Der gutgläubige Erwerb gewisser Wertpapiere nach § 367 HGB 105
 - a) Die von der Regelung des § 367 HGB erfaßten Wertpapiere 106
 - b) Abhandenkommen der Papiere 109
 - c) Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechsler- geschäfte betreibt 110
 - d) Bekanntmachung im Bundesanzeiger 111
 - e) Frist nach Veröffent- lichung 112
 - f) Rechtsfolge 113

I. Allgemeines

Das deutsche Recht kennt in weitem Umfang einen Schutz des guten Glau- 1 bens. Während das römische Recht von der Regel ausgeht, daß niemand mehr Rechte auf einen anderen übertragen kann, als er selbst hat,¹⁾ schützen das BGB und das HGB den Erwerber, der auf den Rechtsschein des Veräußerers vertraut. Die wichtigsten gesetzlichen Regelungen enthalten die §§ 932 ff BGB und die §§ 366, 367 HGB.

Im Hinblick auf Art und Umfang des Gutglaubensschutzes im BGB und 2 HGB bestehen allerdings Unterschiede. § 366 HGB findet seinen Ursprung in

1) Siehe zum römischen Recht Söllner, in: Festschrift Coing, S. 363, 369 ff, der gleichzeitig die Möglichkeiten einer gegenüber dem deutschen Recht vereinfachten Ersitzung („usupacio“) aufzeigt.

Art. 306 ff ADHGB²⁾ und schützt über die Regelungen der §§ 932 ff BGB hinaus nicht nur den guten Glauben an das Eigentum, sondern auch an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers. Diesen weitergehenden Schutz der das Gebiet des Handelsrechts aufrechterhalten.³⁾ Im Handelsverkehr sei ein Kaufmann sehr häufig aufgrund eines Vertragsverhältnisses befugt, im eigenen Namen über eine Sache des Eigentümers zu verfügen. Bei der Häufigkeit dieser Umstände sei die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigt, im eigentlichen schuldhaften Irrtum über das Vorhandensein einer solchen Verfügungsbefugnis der Schutz versagt bliebe.⁴⁾ Dem Erwerber dürfe nicht zugemutet werden, Ermittlungen darüber anzustellen, welchen Umfang die Vertretungsmacht oder die Verfügungsbefugnis eines Kaufmanns habe.⁵⁾

3 Kaufleute sind im Regelfall nicht Eigentümer der Gegenstände, mit denen sie handeln, aber bei ihnen besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Verfügungsbefugnis.⁶⁾ Über den bloßen Besitz hinaus erweist sich in diesen Fällen die Kaufmannseigenschaft des Verfügenden und die Zugehörigkeit des Geschäfts zum Betrieb des Handelsgewerbes als **zusätzliche Rechtsgrundlage**.⁷⁾

4 Die **Ausdehnung des Gutgläubensschutzes im Handelsverkehr** ist daher nicht nur aufgrund ihres historischen Ursprungs zu erklären, sondern auch aufgrund der Häufigkeit von Verfügungsgeschäften durch Unternehmer über fremde Sachen kraft Vertretungsmacht im fremden Namen oder kraft Verfügungsmacht im eigenen Namen auch heute noch **unverzichtbar**. So veräußert der Verkaufskommissionär aufgrund einer Ermächtigung (vgl. § 185 Abs. 1 BGB), ohne je das Eigentum an der Sache besessen zu haben.⁸⁾ Der Han-

2) Vgl. *Raisch*, S. 263 ff; *Lux*, S. 36 ff; *Henke*, AcP 161 (1962), 1, 8 ff; *Bülow*, AcP 186 (1986), 576, 577 f; *Ogris*, S. 60 ff (insbesondere S. 73 ff). Art. 306 Abs. 1 ADHGB lautete: „Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigentum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigentum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war.“

3) Begründung zu dem Entwurf eines HGB, 1895, S. 190.

4) Denkschrift, S. 207.

5) Siehe *Lux*, S. 39.

6) *GK-Weber*, HGB, § 366 Rz. 1.

7) Vgl. *Wiegand*, JuS 1974, 545, 548; *Canaris*, Handelsrecht, § 27 I 1 a, S. 392.

8) Hierzu näher *Scherer*, § 15 Rz. 34 ff.

delvertreter (§ 84 HGB) schließt im Namen eines anderen Unternehmers Verfügungsgeschäfte.⁹⁾ Ähnlich kann auch der Handelsmakler (§ 93 HGB) über die Vermittlung hinaus mit Vertretungsmacht ausgestattet sein und im Namen des Auftraggebers Verfügungsgeschäfte vornehmen.¹⁰⁾ Der Erwerber weiß in diesen Fällen von der fehlenden Eigentümerstellung dieser Personen, er vertraut aber auf ihre Verfügungsbefugnis.¹¹⁾ Ohne die Regelung des § 366 HGB wäre die „Bösgläubigkeit“ beim Erwerb von einem Kaufmann der Regelfall und der Warenverkehr würde durch weitreichende Nachforschungspflichten gehemmt.¹²⁾

Die Unentbehrlichkeit der Regelung des § 366 Abs. 1 HGB in der heutigen Praxis zeigt sich auch bei Veräußerungsgeschäften mit Gegenständen, die unter Eigentumsvorbehalt (unten Rz. 10 und 48 f) stehen. Aufgrund der weitgehenden Verbreitung des Eigentumsvorbehalts ist bei diesen Geschäften der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers meist zu verneinen, andererseits liegt aber typischerweise eine Ermächtigung zum Weiterverkauf der unter Eigentumsvorbehalt stehenden Ware nach § 185 BGB vor.¹³⁾

Nachfolgend werden die Grundlagen des bürgerlichrechtlichen Gutgläubensschutzes vorab erörtert, auf die im Rahmen des handelsrechtlichen Gutgläubensschutzes häufiger zu rekurren sein wird.

II. Bürgerlichrechtlicher Gutgläubensschutz

1. Grundzüge der Übereignung beweglicher Sachen vom berechtigten Eigentümer nach §§ 929 ff BGB

a) Übereignung nach § 929 Satz 1 BGB

§ 929 Satz 1 BGB stellt den **Grundtatbestand der Übereignung von beweglichen Sachen** dar. Hiernach sind die Einigung über den Eigentumsübergang vom Eigentümer auf den Erwerber und die Übergabe der Sache vom Eigentümer an den Erwerber erforderlich.

9) Hierzu näher *Ungeheuer*, § 13 Rz. 16 ff, 21.

10) Hierzu näher *Ungeheuer*, § 14 Rz. 5 ff, 17, 81.

11) *Ruß*, in: *Glanegger* u. a., HGB, § 366 Rz. 1.

12) *Wiegand*, JuS 1974, 545, 548.

13) Vgl. *Canaris*, Handelsrecht, § 27 I 1 c, S. 394.

aa) Einigung

- 8 Die **Einigung**, eine auf die Übereignung gerichtete, nicht formbedürftige¹⁴⁾ Willenseinigung¹⁵⁾ im Rahmen eines abstrakten dinglichen Vertrages¹⁶⁾ muß auf die Übertragung des Eigentums zielen¹⁷⁾ und immer das Eigentum an einer konkreten Sache zum Gegenstand haben („Bestimmtheitsgrundsatz“).¹⁸⁾ Diese Bestimmtheit muß im Zeitpunkt der Einigung vorliegen¹⁹⁾ und einem mit den Vereinbarungen vertrauten objektiven Dritten ermöglichen, die übereignete Sache ohne Schwierigkeiten von anderen zu unterscheiden.²⁰⁾ Aufgrund des Abstraktionsprinzips im Sachenrecht ist die Einigung von der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts (z. B. dem Kaufvertrag) unabhängig.²¹⁾ Der Abschluß des Kaufvertrages und die dingliche Einigung i. S. d. § 929 Satz 1 BGB können dennoch gleichzeitig erklärt werden.²²⁾ Nach dem Willen der Parteien kann häufig eine geschäftliche Einheit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

14) Palandt/Bassenge, BGB, § 929 Rz. 2; MünchKomm-Quack, BGB, § 929 Rz. 44. Im Ergebnis deshalb zutreffend BGH, Urt. v. 20. 5. 1958 – VIII ZR 329/56, NJW 1958, 1231, 1231, das die rechtsgeschäftliche Formvereinbarungen für die dingliche Einigung als unwirksam betrachtet.

15) RG, Urt. v. 2. 10. 1906 – VII 8/06, RGZ 64, 145, 145 f.

16) Palandt/Bassenge, BGB, § 929 Rz. 2. Die Vertragsnatur der Einigung ist strittig, wird von der wohl h. M. jedoch anerkannt; vgl. hierzu die Übersicht in MünchKomm-Quack, BGB, § 929 Rz. 43 m. w. N. Wie hier auch BGH, Urt. v. 24. 6. 1958 – VIII ZR 205/57, BGHZ 28, 16, 19. Die Streitfrage ist in der Praxis jedoch zumeist bedeutungslos, da zumindest für die Einigung, nicht aber für die Übergabe, die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB über Willenserklärung und Vertrag anwendbar sind (nicht jedoch § 328 BGB); vgl. MünchKomm-Quack, BGB, § 929 Rz. 43; Staudinger/Wiegand, BGB, § 929 Rz. 11 f.

17) Palandt/Bassenge, BGB, § 929 Rz. 4; Wolf, Rz. 396.

18) BGH, Urt. v. 13. 6. 1956 – IV ZR 24/56, BGHZ 21, 52, 55.

19) BGH, Urt. v. 31. 1. 1979 – VIII ZR 93/78, BGHZ 73, 253, 255.

20) Nach der Rechtsprechung des BGH liegt hinreichende Bestimmtheit dann vor, wenn es infolge der Wahl einfacher äußerer Abgrenzungskriterien für jeden, der die Parteiabreden in dem für den Eigentumsübergang vereinbarten Zeitpunkt kennt, ohne weiteres ersichtlich ist, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind, vgl. BGHZ 73, 253, 254. Soll nur ein Teil einer größeren Menge übereignet werden, bedarf es einer eindeutigen Abgrenzung gegenüber dem nicht übereigneten Teil, BGH Urt. v. 3. 12. 1987 – IX ZR 228/86, WM 1986, 594, dazu EWIR 1988, 463 (Gerhardt); so auch BGH, Urt. v. 13. 1. 1992 – II ZR 11/91, ZIP 1992, 393, 393, dazu EWIR 1992, 349 (Serick). Hiernach kann aber eine nicht konkretisierte unbestimmte Sache, wenn sie bestimmbar ist, ebenso wie eine erst noch herzustellende Sache durch antizipierte, d. h. vorweggenommene Einigung übereignet werden. Der Eigentumsübergang tritt dann mit der Konkretisierung durch Aussonderung der Sache und deren Übergabe ein; vgl. Wolf, Rz. 396; Erman/Michalski, BGB, § 929 Rz. 4.

21) Vgl. zum Abstraktionsprinzip Müller, Rz. 59 ff, 2373.

22) MünchKomm-Quack, BGB, § 929 Rz. 45.

vorliegen.²³⁾ In diesen Fällen kann sich die Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts dann ausnahmsweise nach § 139 BGB auch auf die Unwirksamkeit der Übereignung erstrecken, wenn die Parteien die Wirksamkeit der Übereignung bei Kenntnis der Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts nicht gewollt hätten.²⁴⁾

Nach dem Wortlaut des § 929 Satz 1 BGB ist die Einigung mit dem Eigentü- 9 mer der Sache vorausgesetzt. Die Qualifikation des Veräußerers als Eigentümer der Sache ist für die Wirksamkeit aber nicht entscheidend.²⁵⁾ Vielmehr kommt es auf die **Verfügungsberechtigung des Veräußerers** an.²⁶⁾ Folglich können auch auf Veräußererseite bei der Einigung Vertreter unter den Voraussetzungen der §§ 164–181 BGB handeln. Die Grundsätze über das „Geschäft für den, den es angeht“ finden ebenfalls Anwendung.²⁷⁾ Die Einigung wirkt bei Mitwirkung eines Vertreters gemäß § 164 Abs. 1 BGB unmittelbar für den Vertretenen.

Die Einigung kann nach §§ 158–163 BGB auch unter einer **Bedingung** (siehe 10 auch § 455 BGB) oder **Befristung** erklärt werden. Die Übereignung unter **Eigentumsvorbehalt** ist der häufigste Fall einer bedingten Einigung. Sie erfolgt hier unter einer aufschiebenden Bedingung gemäß § 158 Abs. 1 BGB. Der Eigentumserwerb erfolgt erst mit dem Eintritt der Bedingung (z. B. der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises). Im Fall der **Sicherungsübereignung** ist die Übereignung nach § 158 Abs. 2 BGB auflösend bedingt.

bb) Übergabe

Neben der Einigung erfordert der Eigentumsübergang nach § 929 Satz 1 BGB 11 noch die **Übergabe** der zu übereignenden Sache. Hierunter ist die Übertragung des unmittelbaren Besitzes vom Veräußerer auf den Erwerber zu verstehen.²⁸⁾ Die Übergabe ist abgeschlossen, wenn – auf Veranlassung der Veräußerersei-

23) BGH, Urt. v. 2. 2. 1967 – III ZR 193/64, NJW 1967, 1128, 1130.

24) BGH, Urt. v. 8. 12. 1959 – VIII ZR 134/58, BGHZ 31, 321, 323.

25) Vgl. Müller, Rz. 2382; Wolf, Rz. 397. So kann z. B. dem Eigentümer durch einen speziellen gesetzlichen Tatbestand wie § 6 KO oder durch § 2211 BGB die Verfügungsberechtigung entzogen sein.

26) Palandt/Bassenge, BGB, § 929 Rz. 5; MünchKomm-Quack, BGB, § 929 Rz. 108.

27) RG, Urt. v. 4. 4. 1933 – VII 21/33, RGZ 140, 223, 227.

28) Palandt/Bassenge, BGB, § 929 Rz. 9 f; Erman/Michalski, BGB, § 929 Rz. 9; Müller, Rz. 2351; Wolf, Rz. 398.

te²⁹⁾ – der Veräußerer seinen Besitz vollständig aufgegeben hat³⁰⁾ und ein Besitzerwerb seitens des Erwerbers³¹⁾ oder seiner Geheißperson³²⁾ erfolgt. Durch den Wechsel der tatsächlichen Sachherrschaft soll der Wechsel in der rechtlichen Zuordnung der Sache zu einer Person offenkundig gemacht werden.³³⁾

- 12 Im modernen Wirtschaftsverkehr sind neben dem Veräußerer und dem Erwerber vielfach auch andere Personen am Übergabeakt beteiligt. Diese **Beteiligung Dritter an der Übergabe** kann in mehreren Fallkonstellationen vorliegen, da für die Übergabe der Erwerb des mittelbaren Besitzes ausreichend ist, wenn nur der Veräußerer nicht unmittelbarer Besitzer bleibt.³⁴⁾
- 13 So braucht die Übergabe nicht an den Erwerber selbst, sondern kann auch bei Einschaltung eines sogenannten **Besitzdieners** erfolgen. Dieser ist dann nach § 855 BGB nicht selbst Besitzer, sondern übt für den eigentlichen Besitzer die tatsächliche Gewalt aus.³⁵⁾ Die Übergabe an den Besitzdiener begründet somit unmittelbaren Besitz des Geschäftsherrn.³⁶⁾
- 14 Auf Seiten des Veräußerers wie auch des Erwerbers können weiterhin sogenannte **Besitzmittler** am Übertragungsvorgang beteiligt sein.³⁷⁾ Der Besitzmittler übt die tatsächliche Sachherrschaft aufgrund eines Besitzmittlungsverhältnisses gemäß § 868 BGB für den mittelbaren Besitzer aus. Gibt dieser auf Weisung des veräußernden mittelbaren Besitzers seinen unmittelbaren Besitz

29) MünchKomm-Quack, BGB, § 929 Rz. 126 ff. Vgl. auch BGH, Urt. v. 21. 1. 1970 – VIII ZR 145/86, WM 1970, 251, 252, wonach die bloße vorherige Gestattung zur Besitzergreifung zu einem noch nicht feststehenden Zeitpunkt nicht genügt. Dagegen liegt eine Veranlassung der Veräußererseite vor, wenn der Veräußerer einen Dritten anweist, dem Erwerber den Besitz der Sache zu verschaffen (sog. Geheißerwerb), BGH, Urt. v. 30. 10. 1961 – VII ZR 218/60, BGHZ 36, 56, 60; BGH, Urt. v. 8. 11. 1972 – VIII ZR 79/71, NJW 1973, 141, oder der Erwerber den Besitz mit Einverständnis des Veräußerers ergreift.

30) BGH, Urt. v. 10. 12. 1975 – VIII ZR 179/74, WM 1976, 153, 154 = JuS 1976, 396 m. Anm. K. Schmidt. Vgl. auch BGH, Urt. v. 10. 1. 1979 – VIII ZR 302/77, NJW 1979, 714, 715, wonach die Einräumung von Mitbesitz auf Seiten des Erwerbers für die Übergabe nicht ausreichend ist.

31) Palandt/Bassenge, BGB, § 929 Rz. 10.

32) BGH, Urt. v. 22. 3. 1982 – VIII ZR 92/81, ZIP 1982, 849, 850.

33) Bauer, in: Festschrift Bosch, S. 1 ff.

34) BGH WM 1976, 153, 154; RG, Urt. v. 10. 6. 1932 – VII 304/31, RGZ 137, 23, 24 f.

35) Vgl. auch OLG Frankfurt, Urt. v. 15. 5. 1985 – 17 U 53/84, NJW-RR 1986, 470, dazu EWIR 1985, 475 (Vitor): „Besitzdiener ist nur, wer hinsichtlich der fraglichen Sache in einem äußerlich erkennbaren sozialen Abhängigkeitsverhältnis zum Besitzer steht. Weil und insoweit der Besitzdiener den Weisungen des Besitzers unterworfen ist, übt der Besitzer infolge seiner Herrschaft über den Besitzdiener Herrschaft über die Sache aus. Deshalb kommen Besitzdiener vornehmlich im Bereich von Arbeits- und Dienstverhältnissen vor.“

36) RGZ 137, 23, 25.

37) Vgl. hierzu den Überblick bei Palandt/Bassenge, BGB, § 929 Rz. 14; MünchKomm-Quack, BGB, § 929 Rz. 131 ff.

zugunsten des Erwerbers oder dessen Besitzmittlers auf, so erfolgt auch hiermit eine Übergabe im Sinne des § 929 Satz 1 BGB.³⁸⁾ Darüber hinaus ist es sogar ausreichend, wenn der Besitzmittler des Veräußerers auf dessen Weisung mit dem Erwerber ein neues Besitzmittlungsverhältnis vereinbart und gleichzeitig das alte Besitzmittlungsverhältnis mit dem Veräußerer beendet wird.³⁹⁾

Ein besonderer Fall der Beteiligung Dritter ist das sogenannte „**Streckengeschäft**“, bei dem der Verkäufer auf Anweisung des Erstkäufer direkt an den Zweitkäufer sendet. In diesen Fällen wird in der Regel nicht eine unmittelbare Übereignung vom Verkäufer auf den Zweitkäufer, sondern vom Verkäufer auf den Erstkäufer und dann von diesem auf den Zweitkäufer gewollt sein.⁴⁰⁾ Die Eigentumsübertragung vollzieht sich bei einem derartigen Streckengeschäft zwischen den einzelnen Vertragspartnern nach § 929 Satz 1 BGB in der Weise, daß die jeweils Beteiligten die Einigung bereits mit Abschluß des Kaufvertrages (stillschweigend) erklären, unter Umständen mit der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Kaufpreises. Die Besitzverschaffung wird dadurch vollzogen, daß der jeweilige Veräußerer den Erstkäufer als unmittelbaren Besitzer anweist, seinen Besitz auf den Letztkäufer zu übertragen, wobei der Verkäufer sich im voraus mit dieser Form der Besitzübertragung einverstanden erklärt hat und den Letztkäufer zur Inbesitznahme anweist.⁴¹⁾ Da § 929 Satz 1 BGB für die Übergabe den mittelbaren Besitz auf Erwerber- und Veräußererseite ausreichen läßt, kann so der Begriff der Übergabe über den eigentlichen Wortsinn hinaus erweitert werden, um den Anforderungen des modernen Geschäftsverkehrs gerecht zu werden.

b) Übereignung nach § 929 Satz 2 BGB

Nach § 929 Satz 2 BGB ist für den Eigentumsübergang die bloße Einigung¹⁶ ausreichend, wenn der Erwerber bereits im Besitz der Sache ist (sogenannte **brevi manu traditio, Übergabe kurzer Hand**). Hierfür ist sowohl unmittelbarer wie auch mittelbarer Besitz ausreichend,⁴²⁾ der zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Einigung vorliegen muß.⁴³⁾ Für die Einigung zwischen Erwerber und Veräußerer gelten gegenüber § 929 Satz 1 BGB keine Besonder-

38) BGH WM 1976, 153, 154; BGH, Urt. v. 5. 11. 1985 – VI ZR 40/84, NJW 1986, 1166.

39) BGH, Urt. v. 10. 10. 1984 – VIII ZR 244/83, ZIP 1984, 1456, 1457.

40) BGH, Urt. v. 18. 6. 1968 – VI ZR 120/67, NJW 1968, 1929, 1932; BGH ZIP 1982, 849, 850; BGH NJW 1986, 1166.

41) BGH NJW 1968, 1929, 1932.

42) Staudinger/Wiegand, BGB, § 929 Rz. 117.

43) MünchKomm-Quack, BGB, § 929 Rz. 159; Müller, Rz. 2357.

heiten. Durch § 929 Satz 2 BGB wird lediglich die Übergabe durch Hin- und Rückgabe der Sache vermieden.⁴⁴⁾ Die Besitzlage entspricht hier derjenigen, bleibt so gewahrt.

c) Übereignung nach § 929 Satz 1 i. V. m. § 930 BGB

- 17 Möchte der Veräußerer nach der Eigentumsübertragung an den Erwerber noch im Besitz der Sache bleiben, so hilft das **Übergabesurrogat des § 930 BGB** Besitzmittlungsverhältnisses gemäß § 868 BGB ersetzt werden. Der (unmittelbare Eigenbesitz des Veräußerers wandelt sich durch die Übereignung nach § 929 Satz 1, § 930 BGB in unmittelbaren Fremdbesitz um.⁴⁵⁾ Ein Eigentumsübergang nach § 929 Satz 1 BGB ist in diesem Fall aufgrund des Erfordernisses eines vollständigen Besitzverlusts des Veräußerers nicht möglich. Für die Einigung zwischen Erwerber und Veräußerer gelten gegenüber § 929 Satz 1 BGB keine Besonderheiten.
- 18 Für eine Übereignung nach § 929 Satz 1, § 930 BGB ist der **Besitz des Veräußerers** als notwendige Grundlage eines Besitzmittlungsverhältnisses Voraussetzung. Dabei kann es sich um unmittelbaren oder mittelbaren Besitz handeln.⁴⁶⁾ Erforderlich ist lediglich ein Eigenbesitz des Veräußerers,⁴⁷⁾ wobei ein Mitbesitz mit einem Dritten⁴⁸⁾ oder dem Erwerber⁴⁹⁾ genügt. Ist der Veräußerer mittelbarer Besitzer, so wird er durch die Übereignung nach § 929 Satz 1, § 930 BGB erststufiger mittelbarer Fremdbesitzer, während der Erwerber zweitstufiger mittelbarer Eigenbesitzer wird.⁵⁰⁾ An der Rechtsstellung des unmittelbaren Fremdbesitzers ändert sich aufgrund der Eigentumsübertragung nichts. Auch braucht er keine Kenntnis von dem Eigentumswechsel zu haben.⁵¹⁾
- 19 § 930 BGB erfordert die Vereinbarung eines **Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne des § 868 BGB** zwischen Veräußerer und Erwerber, aufgrund dessen der Veräußerer dem Erwerber den Besitz mittelbar. Hierunter ist ein besitzrechtliches Verhältnis zu verstehen, aufgrund dessen der eine Besitzer für einen an-

44) Erman/Michalski, BGB, § 929 Rz. 16.

45) MünchKomm-Quack, BGB, § 930 Rz. 22 m. w. N.

46) RG, Urt. v. 15. 1. 1909 – VII 96/08, JW 1909, 130, 131.

47) Palandt/Bassenge, BGB, § 930 Rz. 5.

48) RG, Urt. v. 14. 12. 1932 – I 166/32, RGZ 139, 114, 117.

49) BGHZ 73, 253, 256 f.

50) Palandt/Bassenge, BGB, § 930 Rz. 5.

51) Palandt/Bassenge, BGB, § 930 Rz. 5.

deren besitzt.⁵²⁾ Ein wirksames Rechtsverhältnis ist dabei nicht erforderlich, da ein tatsächliches Verhältnis zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer ausreicht.⁵³⁾ Ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB verlangt dennoch neben einem Besitzmittlungswillen⁵⁴⁾ einen Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer.⁵⁵⁾ Schließlich reicht für eine Übereignung nach § 929 Satz 1, § 930 BGB auch ein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis, zum Beispiel aus dem ehgüterrechtlichen Verhältnis oder der elterlichen Vermögenssorge,⁵⁶⁾ aus.⁵⁷⁾

Da die zu übertragende Sache im Besitz des Veräußerers bleibt, sind bei einer Übereignung nach § 929 Satz 1, § 930 BGB **besondere Anforderungen an die Bestimmtheit** der zu übereignenden Sache oder Sachen zu stellen (oben Rz. 8 ff).⁵⁸⁾

Schließlich kann eine Einigung über den Eigentumsübergang und die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne des § 868 BGB erfolgen, noch bevor der Veräußerer im Besitz der zu übereignenden Sache ist.⁵⁹⁾ Hier handelt es sich um ein sogenanntes **antizipiertes oder antezipiertes (vorweggenommenes) Besitzkonstitut**. Durch diese Konstruktion wird beispielsweise die im täglichen Geschäftsleben sehr relevante Sicherungsübereignung noch nicht existierender, erst noch herzustellender Sachen ermöglicht. Das Besitzmittlungsverhältnis besteht erst dann, wenn der Veräußerer in den Besitz der Sache gelangt.⁶⁰⁾ Sofern zu diesem Zeitpunkt noch eine wirksame Einigung vorliegt, tritt der Eigentumsübergang nach §§ 929 Satz 1, 930 BGB dann ein.⁶¹⁾ Der Erwerber erhält das Eigentum stets vom Veräußerer, nicht etwa unmittelbar.⁶²⁾ Es erfolgt daher bei antizipierter Besitzmittlung ein sogenannter Durchgangserwerb, bei dem der Veräußerer für eine juristische Se-

52) MünchKomm-Quack, BGB, § 930 Rz. 9.

53) Palandt/Bassenge, BGB, § 868 Rz. 10; MünchKomm-Quack, BGB, § 930 Rz. 11; Müller, Rz. 2364; Wolf, Rz. 138 ff.

54) Vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 19. 1. 1955 – IV ZR 135/54, NJW 1955, 499.

55) Palandt/Bassenge, BGB, § 868 Rz. 10.

56) Vgl. BGH, Urt. v. 8. 6. 1989 – IX ZR 234/87, NJW 1989, 2542, 2543 f, dazu EWiR 1989, 987 (Quack).

57) BGHZ 73, 253, 256 f; BGH NJW 1989, 2542, 2543 f.

58) Vgl. hierzu eingehend Palandt/Bassenge, BGB, § 930 Rz. 2 ff, und zu den Anforderungen der Rechtsprechung an den Bestimmtheitsgrundsatz oben Rz. 8.

59) Palandt/Bassenge, BGB, § 930 Rz. 9.

60) BGH, Urt. v. 21. 11. 1983 – VIII ZR 191/82, ZIP 1984, 34, 35.

61) BGH, Urt. v. 24. 11. 1965 – VIII ZR 222/63, WM 1965, 1248, 1249; BGH, Urt. v. 14. 11. 1977 – VIII ZR 66/76, NJW 1978, 696, 697.

62) MünchKomm-Quack, BGB, § 930 Rz. 44.

kunde Eigentum an der Sache hat.⁶³⁾ Die veräußerte Sache steht bei diesem „Durchgang“ durch das Vermögen des Veräußerers der Haftung für dessen Verbindlichkeiten offen.⁶⁴⁾

- 22 Den wichtigsten Fall einer Übereignung nach §§ 929 Satz 1, 930 BGB stellt die **Sicherungsübereignung** dar. Soll zur Absicherung eines Darlehens eine bewegliche Sache des Darlehensnehmers dienen, sieht das Gesetz nur das Pfandrecht (§§ 1204 ff BGB) vor. Nach § 1205 BGB muß das Sicherungsgut jedoch an den Sicherungsgeber übergeben werden, was sich in der Praxis auf zweckmäßig erweisen würde. Die Übereignung nach §§ 929 Satz 1, 930 BGB ermöglicht es dem Sicherungsnehmer demgegenüber, das Sicherungsgut in Besitz zu behalten und es vor allem weiter zu nutzen.

d) Übereignung nach § 929 Satz 1 i. V. m. § 931 BGB

- 23 Ist weder der Veräußerer noch der Erwerber im Besitz der zu übereignenden Sache, sondern befindet sich die Sache im Besitz eines Dritten, so kann nach § 931 BGB „die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt“. Die **Voraussetzungen für den Eigentumsübergang nach §§ 929 Satz 1, 931 BGB** sind demnach **Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs**. Für die Einigung zwischen Erwerber und Veräußerer gelten gegenüber § 929 Satz 1 BGB keine Besonderheiten.
- 24 Statt der Übergabe des § 929 Satz 1 BGB erfordert § 931 BGB neben der Einigung ein weiteres Rechtsgeschäft, nämlich die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach §§ 398 ff BGB. **Herausgabeanspruch** in diesem Sinne ist ein Anspruch des Erwerbers, kraft dessen er von einem Dritten die Verschaffung des Besitzes verlangen kann.⁶⁵⁾ Folglich kann der Anspruch aufgrund eines Rechtsgeschäfts oder aufgrund Gesetzes, beispielsweise aus § 812 BGB, aus § 823 BGB, aus § 861 BGB oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag bestehen.⁶⁶⁾ Der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB bildet hier eine Ausnahme. Er ist keine mögliche Voraussetzung, sondern erst eine notwendige Folge des Eigentumserwerbs und kann demzufolge nicht abgetreten werden,⁶⁷⁾ weshalb

63) Baur/Stürmer, § 51 V 6; Palandt/Bassenge, BGB, § 930 Rz. 10; MünchKomm-Quack, BGB, § 930 Rz. 44.

64) MünchKomm-Quack, BGB, § 930 Rz. 44.

65) MünchKomm-Quack, BGB, § 931 Rz. 7; Erman/Michalski, BGB, § 931 Rz. 3; Palandt/Bassenge, BGB, § 931 Rz. 3.

66) Palandt/Bassenge, BGB, § 931 Rz. 3; MünchKomm-Quack, BGB, § 931 Rz. 8.

67) Ganz h. M., vgl. hierzu eingehend Staudinger/Wiegand, BGB, § 929 Rz. 3 m. w. N.

er für § 931 BGB ausscheidet.⁶⁸⁾ Ob der Veräußerer im Zeitpunkt der Abtretung mittelbarer Besitzer ist und durch die Abtretung dem Erwerber nach § 870 BGB mittelbaren Besitz verschafft, ist nicht von Bedeutung. So genügt etwa auch der Herausgabeanspruch gegen den Dieb aus § 823 BGB oder § 861 BGB den Anforderungen des § 931 BGB.⁶⁹⁾ Soweit die zu übereignende Sache besitzlos ist, weil sie beispielsweise verloren oder vom Dieb weggeworfen wurde, besteht kein Herausgabeanspruch. In diesen Fällen ist die Eigentumsübertragung allerdings durch schlichte Einigung möglich.⁷⁰⁾

Die **Abtretung des Herausgabeanspruchs** unterliegt nach § 413 BGB den 25 Vorschriften der §§ 398 ff BGB. Sie ist formlos⁷¹⁾ und ohne Mitwirkung oder Benachrichtigung des Besitzers als Schuldner möglich.⁷²⁾ Mit der Übergabe von Traditionspapieren, wie Lagerscheinen (§ 424 HGB), Ladescheinen (§ 450 HGB) oder Konnossementen (§ 650 HGB) geht auch der mittelbare Besitz an der darin verbrieften Ware über. Deshalb ist bei der Abtretung von in nicht indossierten Traditionspapieren verbrieften Ansprüchen die Papierübergabe notwendig.⁷³⁾ Die Abtretung des Herausgabeanspruchs kann auch stillschweigend erfolgen, beispielsweise durch die Übergabe von Namens- oder Inhabergerscheinen,⁷⁴⁾ gerierten Depotscheinen,⁷⁵⁾ indossierten Lieferscheinen⁷⁶⁾ oder Frachtbriefdoppeln.⁷⁷⁾

2. Grundzüge des gutgläubigen Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten nach §§ 932 ff BGB

a) Regelungszweck der §§ 932 ff BGB

Für eine Eigentumsübertragung nach §§ 929–931 BGB ist stets die Verfügungs- 26 berechtigung des Veräußerers erforderlich (oben Rz. 9). Fehlt diese,

68) Ganz herrschende Auffassung, vgl. BGH, Urt. v. 21. 4. 1959 – VIII ZR 148/58, NJW 1959, 1536, 1537 f, dazu Anm. Thieme, MDR 1957, 836; Baur/Stürmer, § 51 VI 1 b bb 2; Müller, Rz. 2369; Palandt/Bassenge, BGB, § 931 Rz. 3; MünchKomm-Quack, BGB, § 931 Rz. 18; Erman/Michalski, BGB, § 931 Rz. 3, alle m. w. N.

69) BGH, Urt. v. 5. 2. 1964 – VIII ZR 156/62, WM 1964, 426, 427.

70) Ausführlich hierzu MünchKomm-Quack, BGB, § 931 Rz. 11 m. w. N.

71) RG, Urt. v. 5. 2. 1932 – VII 296/31, RGZ 135, 85, 88.

72) Palandt/Bassenge, BGB, § 931 Rz. 4; Erman/Michalski, BGB, § 931 Rz. 4. Der Besitzer wird durch §§ 404, 407, 936 Abs. 3, 986 Abs. 2 BGB geschützt. Eine Mitteilung an den Besitzer ist dennoch möglich und empfiehlt sich aufgrund der Vorschrift des § 407 BGB.

73) BGH, Urt. v. 27. 10. 1967 – Ib ZR 157/65, BGHZ 49, 160, 163.

74) RGZ 135, 85, 88 ff; BGH, Urt. v. 29. 1. 1969 – VIII ZR 212/66, LM BGB § 931 Nr. 7.

75) RG, Urt. v. 13. 7. 1927 – I 364/26, RGZ 118, 34, 37 f.

76) BGH, Urt. v. 17. 5. 1971 – VIII ZR 15/70, LM BGB § 931 Nr. 8.

77) RG, Urt. v. 15. 4. 1921 – II 439/20, RGZ 102, 96, 97; OLG München, Urt. v. 31. 10. 1957 – 6 U 1433/57, NJW 1958, 424.

scheidet der Eigentumserwerb. Für den Erwerber ist es nicht immer einfach, die Verfügungsberechtigung des Veräußerers zu erkennen. Deshalb muß die Rechtsordnung sein **Vertrauen**, für seine Gegenleistung auch das Eigentum weglassen zu erleichtern und zu sichern.⁷⁸⁾ Die §§ 932–935 BGB versuchen den **Interessenkonflikt** zwischen dem Vertrauen des Erwerbers einerseits und dem Schutz des Eigentümers andererseits, sein Eigentum nicht durch Verfügungen Nichtberechtigter zu verlieren,⁷⁹⁾ aufzulösen und dienen damit dem Verkehrsschutz.⁸⁰⁾

- 27 **Der Verkehrsschutzgedanke knüpft an den Rechtsschein des Besitzes** an.⁸¹⁾ Dieser Rechtsschein kommt einerseits durch die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB dem Besitzer selbst zugute, andererseits kann sich nach §§ 932 ff BGB auch der gutgläubige Teilnehmer am rechtsgeschäftlichen Verkehr auf diesen Vertrauensstatbestand verlassen und Eigentum vom Besitzer erwerben, der sich bei der rechtsgeschäftlichen Verfügung als Eigentümer ausgibt, wengleich er in Wirklichkeit nicht Eigentümer ist.⁸²⁾ Der Gutgläubensschutz wird durch das Veranlassungs- oder Vertrauensprinzip gerechtfertigt.⁸³⁾ Der Eigentümer, der seine Sachen einem Dritten anvertraut, kann die Vertrauenswürdigkeit dieser Person typischerweise leichter und einfacher überprüfen als der Erwerber die Vertrauenswürdigkeit des Veräußerers.⁸⁴⁾ Kommt die Sache dem Eigentümer aber ohne seinen Willen abhanden, so trägt er das Risiko des Eigentumsverlustes nicht. Dies macht § 935 BGB ausdrücklich deutlich, indem er bei abhanden gekommenen Sachen einen gutgläubigen Erwerb ausschließt. Deshalb muß der Veräußerer im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs auch die tatsächlichen Handlungen, die den Vertrauensschutz begründen, vornehmen, also den Besitz auf den Erwerber übertragen.⁸⁵⁾ Erst mit der Besitzübertragung wird auf Erwerberseite der Anschein erweckt, der Veräußerer könne die Sache wie ein Eigentümer tatsächlich beherrschen.⁸⁶⁾

78) Baur/Stürmer, § 52 I 2; Staudinger/Wiegand, BGB, vor § 932 Rz. 3 f, jeweils m. w. N.

79) Vgl. hierzu ausführlich die Diskussion in MünchKomm-Quack, BGB, § 932 Rz. 1 m. w. N.

80) Auf den Verkehrsschutzgedanken abstellend auch BGH, Urt. v. 11. 12. 1958 – II ZR 148/57, WM 1959, 348, 350.

81) Erman/Michalski, BGB, vor § 932 Rz. 1.

82) Wolf, Rz. 415.

83) Wolf, Rz. 415; MünchKomm-Quack, BGB, § 932 Rz. 3.

84) Baur/Stürmer, § 52 I 2.

85) BGHZ 36, 56, 56.

86) Wolf, Rz. 418.

b) Die Regelungssystematik der §§ 932–934 BGB

Der gutgläubige Erwerb an beweglichen Sachen nach §§ 932 ff BGB setzt ein dingliches Verfügungsgeschäft in einer der Formen der §§ 929–931 BGB voraus. Die Übertragung des Eigentums nach diesen Vorschriften muß aber an der fehlenden Eigentümerstellung und der fehlenden Verfügungsbefugnis des Veräußerers scheitern. Hier ist dann ein gutgläubiger Eigentumserwerb nach den §§ 932 ff BGB möglich. § 932 BGB korrespondiert dabei mit der Übertragungsform des § 929 BGB, § 933 BGB bezieht sich auf § 930 BGB und § 934 BGB findet Anwendung auf die Übertragung nach § 931 BGB.

c) Beschränkung auf Verkehrsgeschäfte

Aufgrund des Regelungszwecks des Verkehrsschutzes (hierzu oben Rz. 27) kann ein Eigentumserwerb auf der Grundlage des guten Glaubens nicht in Betracht kommen, wenn Veräußerer und Erwerber rechtlich oder wirtschaftlich identisch sind.⁸⁷⁾ Folglich kann ein gutgläubiger Erwerb nach den §§ 932 ff BGB nur erfolgen, wenn ein **Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäftes** vorliegt.⁸⁸⁾ Beim gesetzlichen Erwerb ist somit kein gutgläubiger Eigentumserwerb möglich.⁸⁹⁾

d) Der Umfang des Gutgläubensschutzes

Nach § 932 BGB ist **Gegenstand des guten Glaubens nur das Eigentum des Veräußerers**.⁹⁰⁾ Im Gegensatz zu § 366 HGB schützen die §§ 932 ff BGB daher nicht den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers.⁹¹⁾ Trägt der Veräußerer vor, er sei zwar nicht Eigentümer der Sache, der Eigentümer habe ihn aber bevollmächtigt, über die Sache im eigenen Namen zu verfügen, so kann kein Gutgläubensschutz eintreten, wenn die Verfügungsbefugnis in Wahrheit nicht bestand.⁹²⁾ War der Veräußerer hingegen tatsächlich vom Eigentümer beauftragt, über die Sache zu verfügen, erlangt der Erwerber das Eigentum an der Sache nach §§ 929 ff BGB i. V. m. § 185 Abs. 1 BGB.

87) RGZ 127, 341, 346.

88) Palandt/Bassenge, BGB, § 932 Rz. 1; Tiedtke, Jura 1983, 460, 461; Wolf, Rz. 415.

89) So im Ergebnis Erman/Michalski, BGB, vor § 932 Rz. 1; MünchKomm-Quack, BGB, § 932 Rz. 8; Palandt/Bassenge, BGB, § 932 Rz. 1; Tiedtke, Jura 1983, 460, 461.

90) Palandt/Bassenge, BGB, § 932 Rz. 8.

91) BGH, Urt. v. 11. 6. 1953 – IV ZR 181/52, BGHZ 10, 81, 85; siehe auch Erman/Michalski, BGB, vor § 932 Rz. 2; Tiedtke, Jura 1983, 460, 461; Wolf, Rz. 417. § 366 HGB kann allerdings neben §§ 932 ff BGB gleichzeitig zur Anwendung kommen, vgl. BGH, Urt. v. 18. 6. 1980 – VIII ZR 119/79, ZIP 1980, 634, 636.

92) Tiedtke, Jura 1983, 460, 461.

Der Veräußerer ist zwar nach wie vor Nichtberechtigter im Sinne der §§ 932 ff BGB. Seine Verfügung ist dennoch wirksam, weil der Berechtigte, der Eigentümer, in sie eingewilligt hat. Auf den guten Glauben des Erwerbers kommt es dann nicht an.⁹³⁾

- 31 Wird das Eigentum des veräußernden Nichteigentümers aufgrund des guten Glaubens des Erwerbers fingiert, so führt diese Fiktion nicht zum Eigentums- auch bei Vorliegen des Veräußerers ein Tatbestand gegeben ist, der läßt.⁹⁴⁾ Mit Hilfe des Gutgläubenschutzes läßt sich demnach nicht mehr erreichen, als erreicht werden könnte, wenn die Rechtslage, an die geglaubt wird, der Wirklichkeit entspräche.

e) Der Tatbestand des guten Glaubens

- 32 In § 932 Abs. 2 BGB ist die **Gutgläubigkeit** als ein für das gesamte Zivilrecht geltender Begriff **negativ definiert**. Hiernach ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt ist oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Guter Glaube ist folglich dann gegeben, wenn der Erwerber keine Kenntnis vom fehlenden Eigentum des Veräußerers hat und diese Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht.⁹⁵⁾ Aufgrund der negativen Formulierung in § 932 Abs. 2 BGB muß der Erwerber, der sich auf den gutgläubigen Erwerb beruft, nicht seinen eigenen guten Glauben beweisen. Vielmehr obliegt es demjenigen, der den gutgläubigen Erwerb bestreitet, seinerseits die Bösgläubigkeit des Erwerbers zu beweisen.⁹⁶⁾ Aufgrund der negativen Formulierung setzt der Tatbestand der Gutgläubigkeit ebenfalls kein Handeln des Erwerbers im Vertrauen auf den Rechtschein voraus. Eine Kenntnis des Erwerbers vom Rechtsschein ist also nicht notwendig.⁹⁷⁾
- 33 Die Gutgläubigkeit des Erwerbers ist **bei Kenntnis** des fehlenden Eigentums des Veräußerers **ausgeschlossen**. Die bloße Kenntnis der zugrunde liegenden

93) Tiedtke, Jura 1983, 460, 461; Müller, Rz. 2392a.

94) Müller, Rz. 2391 f.

95) Tiedtke, S. 22.

96) BGH, Ur. v. 5. 10. 1981 – VIII ZR 235/80, ZIP 1981, 1343, 1344: Der Erwerber einer Sache, der sich auf den gutgläubigen Eigentumswerb beruft, muß hiernach lediglich die tatsächlichen Erwerbsvoraussetzungen beweisen. Wer den Eigentumswerb bestreitet, muß hingegen das Nichteigentum des Veräußerers und die tatsächlichen Umstände für die Bösgläubigkeit des Erwerbers beweisen.

97) Müller, Rz. 2394.

Tatsachen ist unerheblich,⁹⁸⁾ die Kenntnis muß sich vielmehr auf das Fehlen des Eigentums des Veräußerers beziehen.⁹⁹⁾

- Neben einer positiven Kenntnis schadet nur die **grob-fahrlässige Unkenntnis**.³⁴ Nach der in der Rechtsprechung geprägten Formel handelt grob fahrlässig, wer nicht beachtet, „was im gegebenen Fall jedermann hätte einleuchten müssen“. Eine grobfahrlässige Unkenntnis ist deshalb dann zu bejahen, wenn aufgrund der konkreten Umstände der Übereignung ein Erwerber das fehlende Eigentum des Veräußerers sofort hätte feststellen müssen.¹⁰¹⁾

Es existiert **keine allgemeine Nachforschungspflicht** des Erwerbers bei Dritten.¹⁰²⁾ Aufgrund der negativen Anforderung im Gesetzeswortlaut des § 932 Abs. 2 BGB gilt der Grundsatz: Der Erwerber ist zu keiner Überprüfung verpflichtet.¹⁰³⁾ Ohne einen konkreten Verdacht der Nichtberechtigung des Veräußerers lassen sich Erkundigungs-, Überprüfungs- und Nachforschungspflichten nur ausnahmsweise¹⁰⁴⁾ bei bestimmten, verkehrstypischen Gefahrenpflichten rechtfertigen.¹⁰⁵⁾ Bei konkreten Verdachtsmomenten, wie Auffälligkeiten bei den persönlichen und geschäftlichen Verhältnissen des Veräußerers, etwa dem Verkauf zu einem unüblichen Schleuderpreis, oder bei den besonderen Umständen des Vertragsabschlusses besteht zumeist jedoch eine Nachforschungspflicht.¹⁰⁶⁾ Der Kauf eines PKW ohne Kraftfahrzeugbrief ist

98) RG, Ur. v. 17. 11. 1910 – 51/10 VII, JW 11, 96, 97. Hierdurch wird die grobfahrlässige Unkenntnis allerdings nicht ausgeschlossen.

99) BGH, Ur. v. 21. 12. 1960 – VIII ZR 145/59, NJW 1961, 777. Die Kenntnis vom fehlenden Eigentum des Veräußerers kann z. B. bei der Kennzeichnung einer Flasche als Pfandflasche vorliegen, vgl. OLG Köln, Ur. v. 13. 11. 1987 – 20 U 54/87, NJW-RR 1988, 373, 374.

100) Vgl. etwa RG, Ur. v. 26. 5. 1933 – VII 69/33, RGZ 141, 129, 131; BGH, Ur. v. 11. 5. 1953 – IV 170/52, BGHZ 10, 14, 16; BGH, Ur. v. 13. 4. 1994 – II ZR 196/93, ZIP 1994, 787, 788, dazu EWIR 1994, 767 (Reinking).

101) BGHZ 10, 14, 16.

102) BGH, Ur. v. 5. 2. 1975 – VIII ZR 151/73, NJW 1975, 735, 736; OLG Hamburg, Ur. v. 20. 2. 1986 – 6 U 161/85, NJW-RR 1987, 1266, 1267. Selbst bei einer Sicherungsübereignung besteht nicht grundsätzlich eine Erkundigungsobliegenheit; vgl. BGH, Ur. v. 24. 1. 1983 – VIII ZR 353/81, ZIP 1983, 438, 441.

103) Andernfalls würde man die negative Anforderung des Gesetzes (fehlende Bösgläubigkeit) durch eine positive (Gutgläubigkeit, Redlichkeit) ersetzen; vgl. MünchKomm-Quack, BGB, § 932 Rz. 45.

104) BGH ZIP 1980, 634, 636.

105) BGH ZIP 1983, 438, 441.

106) BGH, Ur. v. 1. 2. 1993 – II ZR 260/91, NJW 1993, 1649. Eine konkrete Nachforschungspflicht ist generell beim Verkauf wertvoller Gegenstände auf der Straße, BGH NJW 1975, 735, 736, oder dem kurzfristigen Weiterverkauf von Wertgegenständen ohne Eigennutzung, BGH, Ur. v. 23. 11. 1966 – VIII ZR 151/64, BB 1967, 10 f, anzunehmen.

daher in der Regel grob fahrlässig.¹⁰⁷⁾ Eine Ausnahme von dieser Regel kann sich im Einzelfall jedoch zum Beispiel beim Kauf eines Neufahrzeugs von einem zuverlässigen Händler – wie etwa einem Vertragshändler – ergeben.¹⁰⁸⁾

- 36 Der Erwerber muß in Unkenntnis vom fehlenden Eigentum des Veräußerers sein. Bei der Einschaltung von **Stellvertretern** auf Seiten des Erwerbers im Rahmen der dinglichen Einigung erfolgt eine Zurechnung der Kenntnis oder grobfahrlässigen Unkenntnis des Stellvertreters über § 166 Abs. 1 BGB.¹⁰⁹⁾

f) **Der gutgläubige Erwerb nach § 929 Satz 1, § 932 Abs. 1 Satz 1 BGB bei Übergabe**

- 37 Beim Grundtatbestand der **Übereignung nach § 929 Satz 1 BGB** durch Einigung über den Eigentumsübergang und Übergabe der Sache vom Eigentümer an den Erwerber (oben Rz. 7 ff) hat der Veräußerer dem Erwerber den Besitz an der Sache durch die Übergabe übertragen. Bei der Übergabe können auch Dritte beteiligt sein (oben Rz. 12 ff). Dem Besitzverlust des Veräußerers steht der Besitzerwerb des Erwerbers gegenüber. Die Besitzerlangung, die für den Erwerber im Rahmen des Veräußerungsvorgangs durch den Veräußerer veranlaßt wird (oben Rz. 27), erfolgt als rechtfertigende Grundlage des gutgläubigen Erwerbs durch Übergabe der Sache vom Veräußerer an den Erwerber. Für den Veräußerer spricht die Eigentumsvermutung aufgrund des unmittelbaren Besitzes an der Sache nach § 1006 BGB, und der Erwerber erhält durch die Übertragung des unmittelbaren Besitzes die seinen Erwerb zuungunsten des bisherigen Eigentümers rechtfertigende tatsächliche Beziehung zu der Sache.
- 38 Gemäß § 932 Abs. 1 Satz 1 BGB muß der gute Glaube zu dem Zeitpunkt vorliegen, zu dem der Erwerber Eigentum erwerben würde, wenn die Sache dem Veräußerer gehörte. Der Erwerber muß demnach **im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs redlich** sein.¹¹⁰⁾ Ist die Übereignung unter einer Bedingung erfolgt, so muß der gute Glaube noch im Zeitpunkt der Einigung vorhanden sein. Ein Fortbestehen der Gutgläubigkeit bis zum Bedingungseintritt ist hingegen nicht notwendig.¹¹¹⁾

107) Z. B. BGH, Ur. v. 2. 12. 1958 – VIII ZR 212/57, MDR 1959, 207; BGH, Ur. v. 27. 9. 1961 – VIII ZR 116/60, MDR 1962, 126, 127; BGH, Ur. v. 27. 1. 1965 – VIII ZR 62/63, NJW 1965, 687; vgl. auch OLG Düsseldorf, Ur. v. 18. 9. 1996 – 11 U 58/95, NJW-RR 1997, 246, wonach die Überprüfung des Kraftfahrzeugbriefes die Mindestvoraussetzung für die Annahme des guten Glaubens darstellt.

108) BGH, Ur. v. 21. 9. 1959 – III ZR 103/58, BGHZ 30, 374, 380.

109) Erman/Michalski, BGB, § 932 Rz. 7; Palandt/Bassenge, BGB, § 932 Rz. 7.

110) Tiedtke, Jura 1983, 460, 462.

111) BGH, Ur. v. 21. 5. 1953 – IV ZR 192/52, BGHZ 10, 69, 73.

g) **Der gutgläubige Erwerb nach § 929 Satz 2, § 932 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB bei Übergabe kurzer Hand (brevi manu traditio)**

Ist der Erwerber bereits im Besitz der Sache, so ist für den Eigentumsübergang nach § 929 Satz 2 BGB die bloße Einigung über den Eigentumsübergang ausreichend (oben Rz. 16). Gemäß § 932 Abs. 1 Satz 2 BGB ist ein gutgläubiger Erwerb nur dann möglich, wenn der Erwerber den **Besitz an der Sache zuvor vom Veräußerer erhalten** hat. Ausreichend hierzu ist auch die Übergabe durch Dritte auf Geheiß des Veräußerers, wenn der Veräußerer sich seines Besitzes vollständig entledigt.¹¹²⁾

h) **Der gutgläubige Erwerb nach § 929 Satz 1, § 930 i. V. m. § 933 BGB bei Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses**

Wird bei einer Übereignung nach § 929 Satz 1 BGB i. V. m. § 930 BGB die Übergabe durch die Vereinbarung eines konkreten Besitzmittlungsverhältnisses gemäß § 868 BGB ersetzt, so behält der Veräußerer seinen unmittelbaren Besitz an der Sache (oben Rz. 17 ff). Ein gutgläubiger Eigentumserwerb scheidet daher grundsätzlich an der fehlenden Besitzaufgabe des Veräußerers.¹¹³⁾ Nach § 933 BGB kann der Erwerber dennoch gutgläubig das Eigentum an der Sache erlangen, **wenn ihm die Sache vom Veräußerer übergeben wird** und sein guter Glaube zur Zeit der Übergabe fortbesteht. Der Begriff der Übergabe in § 933 BGB entspricht dem in § 929 Satz 1 BGB.¹¹⁴⁾ Danach muß für eine Übergabe die Übertragung des unmittelbaren Besitzes, also der tatsächlichen Gewalt, auf den Erwerber erfolgen und der Besitzübertragungswille des Veräußerers hinzukommen.¹¹⁵⁾ Der Besitzverlust muß demnach vollständig sein, d. h., der Veräußerer muß den Besitz und damit jede Einwirkungsmöglichkeit restlos aufgeben¹¹⁶⁾ und darf weder Mitbesitz noch mittelbaren Besitz haben.¹¹⁷⁾ Eine Übergabe im Sinne des § 933 BGB liegt ebenfalls vor, wenn der Erwerber die Sache mit Einverständnis des Veräußerers wegnimmt.¹¹⁸⁾ Das Einverständnis muß allerdings im Augenblick der Wegnahme geäußert sein.¹¹⁹⁾ Anders als bei einer Übergabe nach § 929 BGB reicht die im voraus

112) BGH, Ur. v. 5. 5. 1971 – VIII ZR 217/69, NJW 1971, 1453, 1454; OLG München, Ur. v. 29. 11. 1956 – 6 U 1470/56, NJW 1957, 875, 876.

113) Tiedtke, Jura 1983, 460, 466.

114) BGH, Ur. v. 3. 6. 1996 – II ZR 166/95, ZIP 1996, 1218, dazu EWiR 1996, 789 (Quack).

115) BGH, Ur. v. 4. 12. 1976 – VIII ZR 65/75, BGHZ 67, 207, 208 f.

116) BGH, Ur. v. 28. 9. 1977 – VIII ZR 82/76, JZ 1978, 104.

117) BGH ZIP 1996, 1218.

118) BGHZ 67, 207, 209.

119) Wolf, Rz. 421.

erteilte Ermächtigung¹²⁰⁾ ebenso wie die nachträgliche Genehmigung der Wegnahme¹²¹⁾ nicht aus.

i) **Der gutgläubige Eigentumserwerb nach § 929 Satz 1, § 931 i. V. m. 934 BGB bei Abtretung des Herausgabeanspruchs**

41 Bei der Übereignung nach § 929 BGB i. V. m. § 931 BGB wird die Übergabe durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers gegen den vom Nichteigentümer ist hier unter den Voraussetzungen des § 934 BGB möglich. Im Rahmen des § 934 BGB sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden. In der ersten Fallgruppe ist der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache, in der zweiten Fallgruppe nicht.

42 Ist der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache, so wird der Erwerber gemäß § 934 Alt. 1 BGB mit der Abtretung des Anspruchs Eigentümer der Sache, wenn er zum Zeitpunkt der dinglichen Einigung und der Abtretung gutgläubig ist. Der Erwerber erlangt durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 870 BGB den mittelbaren Besitz an der Sache und der Veräußerer verliert seinen (wenn auch nur mittelbaren) Besitz vollständig. Die Übertragung des mittelbaren Besitzes genügt demnach als Rechtsscheintatbestand für den gutgläubigen Erwerb, wegen der gesetzlichen Gleichstellung des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes sowohl für die Rechtsscheinwirkung als auch für die Sachbeziehung.¹²²⁾ Die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs muß allerdings wirksam sein,¹²³⁾ da der Erwerber ansonsten nicht den mittelbaren Besitz an der Sache nach § 870 BGB erlangt. Die Abtretung des Anspruchs darf vor allem nicht von weiteren Voraussetzungen (z. B. Zustimmung des unmittelbaren Besitzers, Übergabe von Güterpapieren,¹²⁴⁾ Einhaltung einer sonstigen vertraglichen Form) abhängig sein.¹²⁵⁾ Schlägt eine Sicherungsübereignung nach §§ 929,

120) BGHZ 67, 207, 209 f.

121) BGH JZ 1978, 104, 106.

122) Erman/Michalski, BGB, § 934 Rz. 1.

123) BGHZ 49, 160, 169.

124) Soweit der Anspruch in einem gesetzlichen Traditionspapier (Konnossement, §§ 642 ff HGB; Ladeschein, § 444 HGB; Orderlagerschein, § 424 HGB) verbrieft ist, repräsentiert der unmittelbare Besitz an dem Papier den mittelbaren Besitz an der Sache, BGH, Urt. v. 12. 3. 1952 – I ZR 90/51, LM BGB § 931 Nr. 1. Dabei hat das Vorhandensein eines solchen Papiers absolute Sperrwirkung. Eine Abtretung ohne Papier auch bei Zustimmung des unmittelbaren Besitzers ist nicht wirksam, MünchKomm-Quack, BGB, § 934 Rz. 7. Das Vertrauen des Erwerbers auf die Nichtexistenz eines solchen Papiers ist nicht geschützt, BGHZ 49, 160, 163.

125) MünchKomm-Quack, BGB, § 934 Rz. 7.

930 BGB fehl, weil der Sicherungsgeber die Sache unter Eigentumsvorbehalt erworben hat,¹²⁶⁾ so erlangt der Erwerber zumindest bei wirksamer Sicherungsabrede mittelbaren Besitz und kann daher gemäß § 934 Alt. 1 BGB einem Gutgläubigen Eigentum verschaffen.¹²⁷⁾

Ist der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer der Sache, so geht das Eigentum nach § 934 Alt. 2 BGB erst zum Zeitpunkt über, zu dem der Erwerber den Besitz erlangt. Da der Rechtserwerb erst mit der Besitzerlangung vollendet ist, muß der gute Glaube nach § 934 Alt. 2 BGB noch in diesem Zeitpunkt vorliegen. Da in den Fällen, in denen der Veräußerer keinen mittelbaren Besitz an der Sache hat, weder ein Besitzmittlungsverhältnis existiert noch ein Herausgabeanspruch besteht, der abgetreten werden könnte, und nur ein behaupteter oder vermeintlicher Herausgabeanspruch abgetreten wird, ist der Rechtsscheintatbestand für einen gutgläubigen Erwerb nicht ausreichend. Für die Besitzerlangung gemäß § 934 Alt. 2 ist es unerheblich, ob es sich um unmittelbaren oder mittelbaren Besitz handelt.¹²⁸⁾ Für den gutgläubigen Eigentumserwerb nach § 934 Alt. 2 BGB ist auch die Abtretung eines nur vermeintlichen Herausgabeanspruchs ausreichend.¹²⁹⁾ Existiert für den veräußerten Gegenstand ein Traditionspapier, ist eine Abtretung des Herausgabeanspruchs nur möglich, wenn gleichzeitig das Papier übergeben wird.¹³⁰⁾

j) **Kein gutgläubiger Erwerb bei abhanden gekommenen Sachen (§ 935 BGB)**

Der gutgläubige Erwerb des Eigentums aufgrund der §§ 932–934 BGB „tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen war“ (§ 935 Abs. 1 Satz 1 BGB). Durch § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB wird das Eigentumsrecht desjenigen geschützt, der den unmittelbaren Besitz unfreiwillig verloren hat. Im Sinne von § 935 Abs. 1 BGB ist die Sache dem Besitzer dann abhanden gekommen, wenn sich der Besitzverlust ohne seinen darauf gerichteten Willen vollzogen hat; nicht zu fordern ist hingegen der Besitzverlust gegen seinen Willen, so

126) Diese Veräußerung ist unwirksam, weil der Erwerber (Sicherungsnehmer) nicht unmittelbarer Besitzer wird, vgl. § 933 BGB (hierzu oben Rz. 40 f.).

127) BGH, Urt. v. 27. 3. 1968 – VIII ZR 11/66, BGHZ 50, 45, 47 ff.

128) RG, Urt. v. 23. 1. 1917 – VII 268/16, RGZ 89, 348, 350; BGH NJW 1959, 1536, 1537 f.; BGH WM 1969, 242; BGH NJW 1978, 696.

129) BGH NJW 1978, 696.

130) BGHZ 49, 160, 163; BGH, Urt. v. 25. 5. 1979 – I ZR 147/77, LM HGB § 424 Nr. 4; kritisch hierzu MünchKomm-Quack, BGB, § 934 Rz. 14 m. w. N.

etwa unter Zwang.¹³¹⁾ Dabei ist zwar kein rechtsgeschäftlicher, also auf gewisse Rechtswirkungen ausgerichteter Wille maßgeblich, sondern der bloße Wille zur Sachherrschaft.¹³²⁾ Die Weggabe einer Sache durch einen Geschäftsunfähigen erfolgt unfreiwillig, weshalb die Sache abhandeln gekommen ist im Sinne des § 935 Abs. 1 BGB.¹³³⁾ Ein gutgläubiger Erwerb ist in den Fällen des unfreiwilligen Verlusts der Sache durch das Veranlassungs- oder Vertrauensprinzip (oben Rz. 27) nicht mehr gerechtfertigt. Bei Geld, Inhaberpapieren sowie bei Sachen, die im Wege einer öffentlichen Versteigerung¹³⁴⁾ veräußert werden, läßt § 935 Abs. 2 BGB ausnahmsweise auch den gutgläubigen Erwerb an abhandeln gekommenen Sachen zu. Im Falle von Geld kommt es nicht darauf an, ob die Geldmünze oder der Geldschein überwiegend als Sammlerstück gehandelt werden, vielmehr ist die objektive Eignung als Zahlungsmittel maßgeblich.¹³⁵⁾

k) Der gutgläubige lastenfreie Erwerb nach § 936 BGB

45 Den schutzwürdigen Belangen des gutgläubigen Erwerbers wäre nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn er zwar das Eigentum erlangte, die Sache aber mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch belastet wäre.¹³⁶⁾ Gemäß § 936 Abs. 1 Satz 1 BGB ist ein **lastenfreier Erwerb** der Sache mit dem Erwerb des Eigentums möglich. Erlöschen können nach § 936 BGB Nießbrauch und Pfandrechte aller Art, einschließlich der gesetzlichen Pfandrechte¹³⁷⁾ und auch Anwartschaftsrechte aus Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung.¹³⁸⁾ Nach § 936 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB muß der Erwerber dieselbe Besitzposition erlangen, wie sie für den gutgläubigen Erwerb des Eigentums vom Nichtberechtigten erforderlich wäre. Da selbst der Eigentümer der Sache hinsichtlich der lastenfreien Übertragung seines Eigentums nicht berechtigt ist, muß die Besitzposition des gutgläubigen Erwerbs selbst beim Eigentumserwerb vom Berechtigten vorliegen. Weiterhin muß der Erwerber der Sache in

131) RG, Urt. v. 21. I. 1921 – VII 360/20, RGZ 101, 224, 225; OLG München, Urt. v. 15. 6. 1993 – 25 U 2413/93, NJW-RR 1993, 1466, 1467.

132) OLG München NJW-RR 1993, 1466, 1467.

133) OLG München, Urt. v. 21. 3. 1991 – 29 U 6420/90, NJW 1991, 2571.

134) Vgl. zur öffentlichen Versteigerung die gesetzliche Legaldefinition in § 383 Absatz 3 BGB und BGH, Urt. 5. 10. 1989 – IX ZR 265/88, NJW 1990, 899, 900.

135) LG Würzburg, Beschl. v. 7. 12. 1987 – Qs 439/87, NJW 1988, 2191; LG Köln, Urt. 14. 2. 1991 – 34 S 201/90, NJW-RR 1991, 868; MünchKomm-Quack, BGB, § 935 Rz. 20.

136) Tiedtke, Jura 1983, 460, 472.

137) BGH, Urt. v. 11. 7. 1962 – VIII ZR 125/61, WM 1962, 1177.

138) BGH, Urt. v. 25. 2. 1966 – V ZR 129/63, BGHZ 45, 186, 190.

bezug auf die Belastung nach § 936 Abs. 2 BGB und § 932 Abs. 2 BGB gutgläubig sein. Schließlich ist auch § 935 BGB auf den gutgläubigen lastenfreien Erwerb nach § 936 BGB anwendbar.¹³⁹⁾ Bei abhandeln gekommenen Sachen ist daher mit Ausnahme von § 935 Abs. 2 BGB ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb nicht möglich.

46 § 936 Abs. 3 BGB macht eine **Ausnahme** vom gutgläubigen lastenfreien Erwerb insoweit als bei der Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach §§ 931, 934 BGB der Rechtsinhaber sein Recht nicht verlieren kann, solange er unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer der Sache ist.

l) Rechtsfolge des gutgläubigen Erwerbs

47 Der **Erwerber erlangt** aufgrund seines guten Glaubens das **Eigentum** an der Sache ohne jede Einschränkung wie beim Erwerb vom berechtigten Eigentümer.¹⁴⁰⁾

3. Grundzüge des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs nach §§ 1207 f BGB

a) Die Regelung des § 1207 BGB

48 Bei der Bestellung eines Pfandrechts wird nicht das Eigentum an der Sache übertragen, die Sache wird vielmehr lediglich mit einem dinglichen Recht belastet. Mit dem argumentum a maiore ad minus zum gutgläubigen Eigentumserwerb läßt sich ein gutgläubiger Erwerb von Pfandrechten begründen.¹⁴¹⁾ Wenn schon der Nichteigentümer an einen Gutgläubigen Eigentum übertragen kann, dann muß der gutgläubige Dritte erst recht geschützt werden, wenn er nur ein Recht an der Sache erwirbt. Für den gutgläubigen Pfandrechtserwerb **verweist § 1207 BGB auf die Vorschriften der §§ 932, 934, 935 BGB**. Demnach ist ein gutgläubiger Erwerb eines Pfandrechts vom Nichteigentümer möglich, solange die Sache dem Eigentümer oder seinem Besitzmittler nicht gemäß § 935 Abs. 1 BGB abhandeln gekommen ist, es sei denn, es handelt sich um eine in § 935 Abs. 2 BGB genannte Sache. Der gutgläubige Pfandrechtserwerb richtet sich im übrigen nach der gewählten Übertragungsform des Pfandrechts. Bei der Pfandrechtsbestellung nach § 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB durch Übertragung des unmittelbaren Besitzes findet § 932 Abs. 1 Satz 1

139) MünchKomm-Quack, BGB, § 936 Rz. 15; Erman/Michalski, BGB, § 936 Rz. 2.

140) Müller, Rz. 2418; MünchKomm-Quack, BGB, § 932 Rz. 58 ff; Erman/Michalski, BGB, § 932 Rz. 14.

141) Wiegand, JuS 1974, 545.

BGB entsprechende Anwendung. War der Pfandgläubiger schon vorher im Besitz der Sache (§ 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB), so muß er für den gutgläubigen Erwerb des Rechts gemäß § 932 Abs. 1 Satz 2 BGB den Besitz vom Verpfänder erlangt haben. Für den gutgläubigen Erwerb durch Übertragung des mittelbaren Besitzes gemäß § 1205 Abs. 2 BGB gilt § 934 BGB entsprechend. Beim gutgläubigen Erwerb durch Einräumen des Mitbesitzes an der Sache (§ 1206 BGB) ist zu differenzieren: Wird unmittelbarer Besitz an der Sache eingeräumt (§ 1206 Alt. 1 BGB), so ist § 932 BGB entsprechend heranzuziehen.¹⁴²⁾ Wird nur ein mittelbarer Besitz verschafft (§ 1206 Alt. 2), so findet § 934 BGB entsprechende Anwendung.¹⁴³⁾

b) Zeitpunkt des guten Glaubens

- 49 Wie sich aus dem Verweis auf die §§ 932, 934 BGB ergibt, muß ebenso wie beim gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten die **Gutgläubigkeit** des Erwerbers noch **bei der Erlangung des Besitzes** an der Pfandsache vorliegen.

c) Der gutgläubige Erwerb des Vorrangs nach § 1208 BGB

- 50 § 1208 BGB ermöglicht es dem Pfandgläubiger gutgläubig den **Vorrang** vor einem anderen bereits an der Sache bestehenden Pfandrechte zu erwerben, wenn er im Zeitpunkt der Pfandrechtsbestellung hinsichtlich des im Rang nach § 1209 BGB vorgehenden Pfandrechts im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB gutgläubig war. § 1208 BGB entspricht in seiner Systematik dem § 936 BGB beim gutgläubigen Eigentumserwerb.¹⁴⁴⁾ Im Gegensatz zu § 936 BGB erlöschen die an der Sache bestehenden dinglichen Belastungen nicht. Sie treten lediglich hinter das gutgläubig erworbene Pfandrechte zurück.

III. Handelsrechtlicher Gutgläubenschutz

1. Der gutgläubige Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten aufgrund guten Glaubens an die Verfügungsmacht des Veräußerers nach § 366 Abs. 1 HGB

- 51 Die Gutgläubensvorschriften der §§ 932 ff BGB schützen lediglich den guten Glauben des Erwerbers an das Eigentum des Veräußerers (oben Rz. 1 ff, 26 ff). In § 366 Abs. 1 HGB ist darüber hinaus auch der **gute Glaube** an die

¹⁴²⁾ MünchKomm-Damrau, BGB, § 1207 Rz. 3; Erman/Küchenhoff, BGB, § 1207 Rz. 12.

¹⁴³⁾ MünchKomm-Damrau, BGB, § 1207 Rz. 5; Erman/Küchenhoff, BGB, § 1207 Rz. 12.

¹⁴⁴⁾ MünchKomm-Damrau, BGB, § 1208 Rz. 1.

Verfügungsbefugnis des Veräußerers geschützt, sofern „ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige Sache veräußert oder verpfändet“. In der Praxis führt die Verfügung eines Nichtberechtigten über fremdes Eigentum regelmäßig nicht zum Eigentumserwerb nach § 932 BGB, sondern nach § 366 HGB.¹⁴⁵⁾ Ein Kaufmann ist in den meisten Fällen nicht Eigentümer der von ihm veräußerten Sachen. Oftmals stehen die von Kaufleuten veräußerten Waren zugleich unter dem Eigentumsvorbehalt ihrer Lieferanten. Der Erwerb einer Sache von einem Kaufmann wäre demnach geeignet, eine grobe Fahrlässigkeit des Erwerbers im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB zu begründen. Die Bösgläubigkeit des Erwerbers wäre ohne die Regelung des § 366 HGB der Regelfall. Umfangreiche Nachforschungspflichten bedingen dann eine Beeinträchtigung des freien und zügigen Warenverkehrs (siehe zur Ausdehnung des Gutgläubensschutzes im Handelsverkehr schon eingehend oben Rz. 1 ff).¹⁴⁶⁾ Dem will § 366 HGB entgegenwirken.

a) Die Voraussetzungen des § 366 Abs. 1 HGB

aa) Kaufmannseigenschaft des Veräußerers oder Verpfänders

Nach § 366 Abs. 1 HGB muß der **Veräußerer oder Verpfänder Kaufmann** sein. Die Kaufmannseigenschaft richtet sich nach den §§ 1–5 HGB.¹⁴⁷⁾ Somit genügt auch die Stellung des Minderkaufmanns nach § 4 Abs. 1 HGB a. F. für die Kaufmannseigenschaft des § 366 HGB.¹⁴⁸⁾

Problematisch sind die Fälle, in denen der Veräußerer oder Verpfänder kein Kaufmann im Sinne der §§ 1–5 HGB ist, aber im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt und sich gutgläubigen Dritten gegenüber als solcher behandeln lassen muß (**Scheinkaufmann**).¹⁴⁹⁾ Für den Schutz des guten Glaubens an die Kaufmannseigenschaft des Veräußernden spricht der Schutz des Handelsverkehrs.¹⁵⁰⁾ Aus der Sicht des Dritten macht es keinen Unterschied, ob der Veräußernde tatsächlich Kaufmann ist oder sich nur als ein solcher geriert.¹⁵¹⁾

¹⁴⁵⁾ Vgl. MünchKomm-Quack, BGB, § 932 Rz. 80.

¹⁴⁶⁾ Wiegand, JuS 1974, 545, 548.

¹⁴⁷⁾ Hierzu näher Pfeiffer, § 1 Rz. 56 ff.

¹⁴⁸⁾ Vgl. z. B. GK-Weber, HGB, § 366 Rz. 6; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 26; Canaris, Handelsrecht, § 27 I 2 a, S. 394; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 23 II 1 a.

¹⁴⁹⁾ Vgl. generell zu dieser Problematik Bülow, AcP 186 (1986), 576 ff m. w. N.

¹⁵⁰⁾ Canaris, Handelsrecht, § 27 I 2 a, S. 394 f, und § 6 II 5 c, S. 80, der eine Anwendung des § 366 HGB auch auf den Scheinkaufmann befürwortet; vgl. auch Nickel, JA 1980, 566, 576, und Koller/Roth/Morck, HGB, § 366 Rz. 2.

¹⁵¹⁾ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 182.

Durch § 366 HGB wird allerdings kein Haftungsfall des Veräußernden herbeigeführt, denn der nicht an der Veräußerung beteiligte Dritte ist durch den Verlust seines Eigentums aufgrund des gutgläubigen Erwerbs des Käufers betroffen.¹⁵²⁾ Die Erweiterung des § 366 HGB auf den Scheinkaufmann bedingt demnach nicht in das Verhältnis zwischen Scheinkaufmann und Erwerber ein, sondern zwischen diesem und dem Eigentümer.¹⁵³⁾ Die Wirkung des Rechtsscheins eines Scheinkaufmanns schließt lediglich eine Berufung auf die wahre Rechtslage desjenigen aus, der den Rechtsschein zumutbar gesetzt hat.¹⁵⁴⁾ Folglich kann nur der auf den Rechtsschein vertrauende Kontrahent des Scheinkaufmanns Normadressat handelsrechtlicher Vorschriften sein und nicht ein Dritter.¹⁵⁵⁾ Ein Verlust von Rechten Dritter, die den Rechtsschein nicht herbeigeführt haben, ist demnach ausgeschlossen. Ein gutgläubiger Erwerb vom Scheinkaufmann ist somit nicht möglich.¹⁵⁶⁾

- 54 Die Anwendung des § 366 HGB auf fälschlich als Kaufmann im Handelsregister eingetragene Personen ist im Schrifttum höchst umstritten. Eine falsche Eintragung liegt vor, wenn der Veräußerer noch im Handelsregister eingetragen ist, obwohl er kein Kaufmann nach §§ 1–5 HGB mehr ist (§ 15 Abs. 1 HGB), oder wenn der Veräußerer durch unrichtige Registerbekanntmachung zu Unrecht als Kaufmann ausgewiesen wird (§ 15 Abs. 3 HGB).¹⁵⁷⁾ Dem Wortlaut nach gelten § 15 Abs. 1 und Abs. 3 HGB nur „denjenigen gegenüber, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war“, d. h. für den Nichtberechtigten Veräußerer oder Verpfänder. Aus der Entstehungsgeschichte des § 366 HGB schließlich, die durch das Ringen um die grundsätzliche Erhaltung des Vindikationssystems des römischen Rechts bei ausnahmsweiser Durchbrechung im Handelsrecht geprägt war, läßt sich ein Ausnahmecharakter der Norm entnehmen.¹⁵⁸⁾ Der wahre Eigentümer braucht demnach eine fehlende Nichteintragung des Erlöschens der Kaufmannseigenschaft oder

152) Ruß, in: Glanegger u. a., HGB, § 366 Rz. 2.

153) Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 26.

154) Baumbach/Hopt, HGB, § 5 Rz. 14; Bülow, AcP 186 (1986), 576, 582 m. w. N.

155) Bülow, AcP 186 (1986), 576, 582 f.

156) Im Ergebnis auch RG, Urt. v. 6. 4. 1929 – I 248/28, LZ 1929, 778; Bülow, AcP 186 (1986), 576, 582 f.; Baumbach/Hopt, HGB, § 366 Rz. 4; Ruß, in: Glanegger u. a., HGB, § 366 Rz. 2; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 26; GK-Weber, HGB, § 366 Rz. 7.

157) Siehe zu beiden Vorschriften näher Hammen, § 3 Rz. 27 ff.

158) Vgl. hierzu Bülow, AcP 186 (1986), 576, 587 m. w. N.

eine durch unrichtige Registerbekanntmachung zu Unrecht eingetragene Kaufmannseigenschaft des Veräußerers nicht gegen sich gelten lassen.¹⁵⁹⁾

Auch die vereinzelt¹⁶⁰⁾ vorgenommene Erweiterung des § 366 HGB auf alle – d. h. auch auf die nicht kaufmännischen – Unternehmensträger, ist abzulehnen. Hinter dieser analogen Anwendung steckt das Bestreben, das Handelsrecht zu einem „Unternehmensprivatrecht“ umzubilden.¹⁶¹⁾ Ein solches einheitliches „Unternehmensprivatrecht“ ist aufgrund der Differenzierung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten im Handelsgesetzbuch mit der jetzigen Gesetzeslage gerade nicht gewollt.

§ 366 HGB ist auch auf Veräußerungsgeschäfte der Bundesbahn anzuwenden, da sie gewerblich tätig und nach § 1 Abs. 2 Nummer 5 HGB Kaufmann ist.¹⁶²⁾ Die Kaufmannseigenschaft der Deutschen Post AG folgt bereits ausdrücklich aus § 452 HGB.

Die Kaufmannseigenschaft muß zum Zeitpunkt, zu dem nach den Regeln des BGB der Rechtserwerb stattfindet, also je nach Sachlage bei Übergabe, Einigung oder Abtretung des Herausgabeanspruchs (§§ 932 ff., 1207 BGB) vorliegen.¹⁶³⁾

bb) Bewegliche Sache als Gegenstand der Veräußerung oder Verpfändung

Bei dem veräußerten oder verpfändeten Gegenstand muß es sich nach § 366 Abs. 1 HGB um eine bewegliche Sache im Sinne der §§ 90 ff. BGB handeln. Auf Immobilien und Rechte findet § 366 HGB – ebenso wie auf einen Nießbrauch¹⁶⁴⁾ an einer beweglichen Sache – demnach keine Anwendung.¹⁶⁵⁾

159) So im Ergebnis auch Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 26; Bülow, AcP 186 (1986), 576, 587; Baumbach/Hopt, HGB, § 15 Rz. 6; so wohl auch GK-Weber, HGB, § 366 Rz. 7. Für die Anwendung des § 366 HGB in diesen Fällen: Canaris, Handelsrecht, § 27 I 2 a, S. 394; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 23 II 1 a; Ruß, in: Glanegger u. a., HGB, § 366 Rz. 2; Koller/Roth/Morck, HGB, § 366 Rz. 2.

160) Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 23 II 1 a. Beschränkt auf die Fälle der Duldungs- und Anscheinsvollmacht auch Canaris, Handelsrecht, § 27 I 2, S. 394 f.

161) Vgl. hierzu Karsten Schmidt, Handelsrecht, §§ 3, 9.

162) BGH, Urt. v. 2. 7. 1985 – X ZR 77/84, BGHZ 95, 155, 157 ff.

163) Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 27; Koller/Roth/Morck, HGB, § 366 Rz. 2.

164) Bei der Bestellung eines Nießbrauchs besteht schon keine generelle Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Verfügungsmacht des Kaufmanns; vgl. Canaris, Handelsrecht, § 27 I 2 c, S. 395.

165) GK-Weber, HGB, § 366 Rz. 12; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 29; Koller/Roth/Morck, HGB, § 366 Rz. 2; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 23 II 1 b.

cc) Betriebsbezogenheit der Veräußerung oder Verpfändung

- 59 Dem erweiterten Gutgläubensschutz des § 366 Abs. 1 HGB unterliegen nur Veräußerungen oder Verpfändungen, die im Betrieb des **Handelsgewerbes** erfolgen. Die Zugehörigkeit der Verfügung des Kaufmanns zu seinem Betrieb bestimmt sich nach §§ 343 f HGB.¹⁶⁶⁾ Zur Erleichterung des Nachweises der Zugehörigkeit eines Rechtsgeschäfts zum Betrieb eines Handelsgewerbes stellt § 344 Abs. 1 HGB eine widerlegbare Vermutung auf, nach der die Verfügung im Zweifel zum Betrieb des Handelsgewerbes gehört. Ein guter Glaube des Erwerbers an die Betriebsbezogenheit der Verfügung wird durch § 366 Abs. 1 HGB nicht geschützt.¹⁶⁷⁾

dd) Die allgemeinen Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 932 ff, 1207 BGB

- 60 Ein gutgläubiger Erwerb nach § 366 Abs. 1 HGB erfordert das Vorliegen der **Voraussetzungen der §§ 932–936 BGB oder des § 1207 BGB.**¹⁶⁸⁾ Anders als bei den §§ 932 ff BGB ist bei § 366 Abs. 1 HGB der gute Glaube an das Eigentum des Verfügenden nicht erforderlich, sondern der gute Glaube an die vom Eigentümer abgeleitete¹⁶⁹⁾ Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, die fremde Sache im eigenen Namen zu übereignen oder zu verpfänden.¹⁷⁰⁾ Aufgrund des Verweises auf die Vorschriften der §§ 932 ff BGB ist auch bei § 366 Abs. 1 HGB der gutgläubige Erwerb an abhanden gekommenen Sachen nach § 935 Abs. 1 BGB (oben Rz. 44) ausgeschlossen.

b) Die fehlende Verfügungsbefugnis

- 61 § 366 Abs. 1 HGB setzt eine **fehlende Verfügungsbefugnis** des veräußernden oder verpfändenden Kaufmanns voraus und ersetzt sie durch den guten Glauben des Erwerbers an die Verfügungsbefugnis.

166) Siehe zu diesen Regelungen näher *Pfeiffer*, § 1 Rz. 161 ff.

167) RG LZ 1929, 778.

168) Vgl. den Wortlaut in § 366 Absatz 1 HGB: „... so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn ...“.

169) BGH, Urt. v. 2. 7. 1992 – IX ZR 274/91, ZIP 1992, 1175, 1181, dazu EWiR 1993, 207 (Brehm).

170) BGH ZIP 1980, 634, 636.

aa) Die Verfügungsbefugnis

Unter einer Verfügungsbefugnis versteht man die Rechtsmacht zu Verfügungen im eigenen Namen mit Wirkung zu Lasten des wahren Berechtigten.¹⁷¹⁾ Zumeist kommt hier der Fall der **rechtsgeschäftlich erteilten Verfügungsmacht** eines Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten gemäß § 185 Abs. 1 BGB in Betracht.

Ob neben der rechtsgeschäftlich erteilten Verfügungsmacht auch die **Verfügungsbefugnis kraft Gesetzes** für § 366 Abs. 1 HGB herangezogen werden kann, wurde von der Rechtsprechung bislang offengelassen¹⁷²⁾ und ist im Schrifttum umstritten.¹⁷³⁾ Die Anwendung der Verfügungsbefugnis kraft Gesetzes auf die Fälle des § 366 Abs. 1 HGB wird jedoch immer dann abzulehnen sein, wenn der Entstehungsgrund der gesetzlichen Verfügungsbefugnis in keinerlei Zusammenhang mit der Kaufmannseigenschaft des Verfügenden steht. Bei Vertragsschluß mit einem Kaufmann vertraut der Rechtsverkehr auf das Vorliegen der Ermächtigung des Kaufmanns zum Weiterkauf oder zur Verpfändung durch den Eigentümer der Sache, nicht jedoch auf die gesetzlichen Voraussetzungen einer gesetzlichen Verfügungsbefugnis.¹⁷⁴⁾

Bei **gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen** hinsichtlich des eigenen Vermögens, wie sie z. B. bei Insolvenzeröffnung gemäß § 81 InsO, bei Nachlaßverwaltung gemäß § 1984 BGB und beim gesetzlichen Güterstand gemäß §§ 1365, 1369 BGB vorgesehen sind, ist § 366 Abs. 1 HGB unanwendbar,¹⁷⁵⁾ da sich schon der Wortlaut der Vorschrift auf das nicht vorhandene Eigentum des Kaufmanns bezieht.¹⁷⁶⁾

Der gute Glaube an über die Verfügungsbefugnis hinausgehende **sonstige Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts** – wie Geschäftsfähigkeit,¹⁷⁷⁾ Kauf-

171) *Canaris*, Handelsrecht, § 27 I 3, S. 395.

172) BGH ZIP 1992, 1175, 1181 (kein gutgläubiger Erwerb einer schuldnerfremd gepfändeten Sache von einem privaten Auktionator).

173) Für die Beschränkung auf rechtsgeschäftliche Verfügungen plädieren: *Canaris*, Handelsrecht, § 27 I 3 a, S. 395; *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 366 Rz. 2; wohl auch *Reinicke*, AcP 189 (1989), 79, 82. Eine Anwendung von § 366 Absatz 1 HGB auch auf die Verfügungsbefugnis kraft Gesetzes befürworten: *Heymann/Horn*, HGB, § 366 Rz. 15; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, § 366 Rz. 31; *Wiegand*, JuS 1974, 545, 548.

174) So entstehen z. B. die gesetzlichen Verfügungsbefugnisse bei Notverkaufsrechten durch Annahmeverzug des Gläubigers (§ 383 BGB, §§ 373, 389 HGB) oder Ablieferungshindernissen im Frachtrecht (§ 437 Abs. 2 Satz 2 HGB).

175) Vgl. *Canaris*, Handelsrecht, § 27 I 3 c, S. 395 f.

176) Vgl. § 366 Absatz 1 HGB: „... ihm nicht gehörige bewegliche Sache, ...“.

177) *Baumbach/Hopt*, HGB, § 366 Rz. 3; *Ruß*, in: *Glanegger u. a.*, HGB, § 366 Rz. 6; *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 366 Rz. 4.

mannseigenschaft¹⁷⁸⁾ (oben Rz. 52 ff), Zugehörigkeit zum Gewerbebetrieb¹⁷⁹⁾ (oben Rz. 59) oder an die nachträgliche Genehmigung des Berechtigten nach § 185 Abs. 2 BGB¹⁸⁰⁾ – wird nicht geschützt.

bb) Ist auch der gute Glaube an die Vertretungsmacht von § 366 Abs. 1 HGB umfaßt?

- 66 Handelt ein Kaufmann bei einer Veräußerung oder Verpfändung im fremden Namen, ohne dazu befugt zu sein, so stellt sich die Frage, ob der **gute Glaube des Erwerbers an die Vertretungsmacht** des Kaufmanns durch eine direkte oder analoge Anwendung¹⁸¹⁾ des § 366 Abs. 1 HGB zu schützen ist. Diese Frage wird im Schrifttum sehr unterschiedlich behandelt. So wird teilweise eine Anwendung des § 366 Abs. 1 HGB auf den guten Glauben an die Vertretungsmacht abgelehnt.¹⁸²⁾ Überwiegend wird aber der gute Glaube an die Vertretungsmacht dem Schutz des § 366 Abs. 1 HGB unterstellt,¹⁸³⁾ während dann jedoch umstritten ist, ob der frühere Eigentümer, der sein Eigentum aufgrund der Anwendung von § 366 Abs. 1 HGB verloren hat, einen Kondiktionsanspruch gegen den Erwerber hat.¹⁸⁴⁾ Bejaht man einen Kondiktionsanspruch, so erhält der Erwerber zwar das Eigentum, darf es aufgrund seiner Verpflichtung zur Rückübergabe allerdings nicht behalten.

178) So im Ergebnis auch *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, § 366 Rz. 26; *Bulow*, AcP 186 (1986), 576, 587; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 15 Rz. 6; so wohl auch *GK-Weber*, HGB, § 366 Rz. 7. Für die Anwendung des § 366 HGB in diesen Fällen: *Canaris*, Handelsrecht, § 27 I 2 a, S. 394; *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 23 II 1 a; *Ruß*, in: *Glanegger u. a.*, HGB, § 366 Rz. 2; *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 366 Rz. 2.

179) RG LZ 1929, 778.

180) *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 366 Rz. 4.

181) Die Frage, ob man in diesen Fällen § 366 Absatz 1 HGB direkt, aufgrund einer extensiven Auslegung des Gesetzes oder lediglich analog anwendet, ist für die Problemlösung unerheblich.

182) *Canaris*, Handelsrecht, § 27 I 3 d, S. 396 f; *Tiedtke*, S. 229 ff; *Reinicke*, AcP 189 (1989), 79, 102 ff.

183) *Karsten Schmidt*, JuS 1987, 936, 937 ff; *ders.*, Handelsrecht, § 23 III; *Brox*, Rz. 307; *Langner*, LZ 1929, 1244, 1245 f; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 366 Rz. 5; *Heymann/Horn*, HGB, § 366 Rz. 16; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, § 366 Rz. 32; *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 366 Rz. 2.

184) Die Befürworter der direkten oder analogen Anwendung des § 366 Abs. 1 HGB auf die Fälle des guten Glaubens an die Vertretungsmacht halten überwiegend zwar die Überreignung trotz fehlender Vollmacht für wirksam. Dies ändere aber nichts an der Unwirksamkeit des Kaufvertrags gemäß § 177 Abs. 1 BGB; vgl. *Brox*, Rz. 307; *Langner*, LZ 1929, 1244, 1245 f; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 366 Rz. 5; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, § 366 Rz. 32. Allein *Karsten Schmidt* argumentiert für einen kondiktionsfesten Erwerb; vgl. *Karsten Schmidt*, JuS 1987, 936, 937 ff; *ders.*, Handelsrecht, § 23 III.

Verfügt ein Kaufmann im eigenen Namen, obwohl er nicht Eigentümer der Sache ist, so kann der Erwerber dennoch gutgläubig Eigentum erwerben, wenn er annahm, der Veräußerer sei Eigentümer (§§ 932 ff BGB) oder er sei zur Verfügung befugt (§ 366 Abs. 1 HGB). Veräußert oder verpfändet der Kaufmann allerdings im Namen des Eigentümers, obwohl er keine Vertretungsmacht nach § 185 Abs. 1 BGB besitzt, so liegt aufgrund von § 177 BGB **keine wirksame Verfügung** vor.

Der Wortlaut des § 366 Abs. 1 HGB, wonach der gute Glaube an „die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen“ anknüpft, schützt nur die Verfügungsbefugnis und nicht die Vertretungsmacht. Im Bürgerlichen Recht wird aber gerade strikt zwischen der Ermächtigung, die eine Verfügungsbefugnis verleiht (§ 185 Abs. 1 BGB), und der Vollmacht, die Vertretungsmacht verleiht (§ 166 Abs. 2 BGB), unterschieden.¹⁸⁵⁾ Unter Zugrundelegung des Wortlauts des § 366 Abs. 1 HGB ist der gute Glaube an die Vertretungsmacht durch die Vorschrift nicht umfaßt.

Dem Wortlaut indes kann bei der Lösung der Problematik keine allzu große Bedeutung eingeräumt werden. Die **Gesetzessprache des HGB** steht mit der des BGB nicht immer in Einklang.¹⁸⁶⁾ § 49 Abs. 1, § 54 Abs. 1, § 125 Abs. 1 HGB z. B. beziehen sich auf die Verfügungsbefugnis, sprechen aber von „Ermächtigung“, die in der Gesetzessprache des BGB eine Vertretungsmacht bedeutet.¹⁸⁷⁾ Eine strikte Trennung der Begriffe Verfügungsbefugnis und Vertretungsmacht läßt sich dem Handelsgesetzbuch daher nicht entnehmen. Insoweit ist auch der Einschluß des guten Glaubens an die Vertretungsmacht in § 366 Abs. 1 HGB nicht von vornherein auszuschließen.

Die **Denkschrift** der Verfasser des ersten Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs läßt deren Willen erkennen, mit § 366 Abs. 1 HGB auch den guten Glauben an die Vertretungsmacht zu schützen. Hiernach solle der gute Glaube des Erwerbers an die Befugnis des Kaufmanns, „sei es im eigenen Namen, sei es im Namen des Eigentümers zu verfügen“,¹⁸⁸⁾ geschützt werden. Auch wenn „ein Handlungsagent im Namen des Geschäftsherrn die Waaren desselben, welche er auf seinem Lager hat, veräußert und übergibt“¹⁸⁹⁾ solle § 366 Abs. 1 HGB gelten.

185) *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 23 III; *Reinicke*, AcP 189 (1989), 79, 82.

186) *Reinicke*, AcP 189 (1989), 79, 83.

187) Vgl. die Nachweise bei *Karsten Schmidt*, JuS 1987, 936, 938.

188) *Denkschrift*, S. 207.

189) *Denkschrift*, S. 207 f.

- 71 Die **Hinweise**, die uns das Gesetz und seine Entstehungsgeschichte für die Anwendbarkeit des § 366 Abs. 1 HGB auf die Fälle des guten Glaubens an die Vertretungsmacht liefern, sind danach **nicht einheitlich**. Während der Wortlaut der Norm die Anwendbarkeit explizit nicht einbezieht, ist aufgrund der Gesetzessprache des Handelsgesetzbuchs die Anwendbarkeit **nicht unbedingt** ausgeschlossen. Die Verfasser des Entwurfs des Handelsgesetzbuchs wollten schließlich auch den guten Glauben an die Vertretungsmacht schützen.
- 72 Die Problematik kann daher nur mit einem **Vergleich der Schutzwürdigkeit** des guten Glaubens an die Vertretungsmacht des Kaufmanns mit dem guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Kaufmanns gelöst werden. Im Handelsverkehr wird häufig nicht zwischen Handeln im eigenen Namen (Verfügungsmacht) und im fremden Namen (Vertretungsmacht) unterschieden und beides ist im Rahmen von Vertriebssystemen austauschbar.¹⁹⁰⁾ Aus diesem Grund wird § 366 Abs. 1 HGB im Schrifttum oftmals auf den guten Glauben an die Vertretungsmacht erstreckt.¹⁹¹⁾ Die Befürworter dieser Ausdehnung billigen jedoch dem früheren Eigentümer aufgrund des nach § 177 BGB mangels wirksamer Vertretungsmacht unwirksamen Kausalvertrages einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückübereignung zu.¹⁹²⁾ Der über die Anwendung des § 366 Abs. 1 BGB bezweckte Schutz des Erwerbers läuft aber in den meisten Fällen leer, wenn er einem Kondiktionsanspruch des früheren Eigentümers ausgesetzt ist.
- 73 Deshalb argumentiert **Karsten Schmidt**¹⁹³⁾ für einen **kondiktionsfesten Erwerb** und behandelt damit den Erwerb aufgrund guten Glaubens an die Vertretungsmacht des Kaufmanns auch in der Rechtsfolge mit dem guten Glauben an die Verfügungsbefugnis gleich. Der Erwerber der Sache oder des Pfandrechts darf danach seine Sache behalten. Die Lösung **Karsten Schmidts** führt zu der Rechtsfolge, die für § 366 Abs. 1 HGB und den gutgläubigen Erwerb insgesamt vorgesehen ist – nämlich dem Behaltendürfen des gutgläubig erworbenen Eigentums durch den schutzwürdigen Erwerber – und erscheint demnach insgesamt stringent. Die Lösung ist allerdings mit dem geltenden Recht

190) Heymann/Horn, HGB, § 366 Rz. 16; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 32; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 23 III.

191) Karsten Schmidt, JuS 1987, 936, 937 ff; ders., Handelsrecht, § 23 III; Brox, Rz. 307; Langner, LZ 1929, 1244, 1245 f; Baumbach/Hopt, HGB, § 366 Rz. 5; Heymann/Horn, HGB, § 366 Rz. 16; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 32; Koller/Roth/Morck, HGB, § 366 Rz. 2.

192) Brox, Rz. 307; Langner, LZ 1929, 1244, 1245 f; Baumbach/Hopt, HGB, § 366 Rz. 5; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 32.

193) Karsten Schmidt, JuS 1987, 936, 937 ff; ders., Handelsrecht, § 23 III.

schwerlich in Einklang zu bringen. Nach **Karsten Schmidt**¹⁹⁴⁾ muß der Käufer den Vertretenen zunächst nach § 177 Abs. 2 BGB zur Erklärung über die Genehmigung des Geschäfts auffordern, um die Kondition zu umgehen. Mit der Genehmigung werde das Kausalgeschäft gemäß § 177 Abs. 1, § 184 BGB der Genehmigung wirksam. Würde diese Genehmigung verweigert, so könnte dem Vertretenen vom vollmachtlosen Vertreter gemäß § 179 Abs. 1 BGB verlangt werden. Die Sache dürfe der Erwerber dann aufgrund von § 366 Abs. 1 HGB behalten, müsse allerdings seinerseits den Vertrag gegenüber dem Vertreter erfüllen, denn es entstehe jetzt nach § 179 Abs. 1 BGB zwischen beiden ein gesetzliches Schuldverhältnis, dessen Inhalt sich nach dem abgeschlossenen Vertrag richte.

74 Folgt man der Konstruktion **Karsten Schmidts**, so würde man das Wahlrecht des Vertretenen aus § 177 Abs. 1 BGB beschneiden.¹⁹⁵⁾ Der Vertreter kann nach den Grundsätzen der Stellvertretung gemäß § 177 Abs. 1 BGB den Vertrag vereinbaren und den vom Vertreter ohne Vertretungsmacht (*falsus procurator*) vereinbarten Leistungsaustausch akzeptieren. Genehmigt er den Vertrag aber nicht, kann er von dem Erwerber die Sache herausverlangen. Dieses Wahlrecht als ein Grundprinzip der Stellvertretung wird aber durch die Konstruktion **Karsten Schmidts** verkürzt, indem der Vertretene bei Verweigerung seiner Genehmigung nur einen Ausgleichsanspruch gegen den *falsus procurator* erhält und nicht mehr die Sache herausverlangen kann. Ein Ausgleichsanspruch gegen einen Kaufmann, der unbefugt fremde Sachen veräußert, ist jedoch zumeist wirtschaftlich wertlos.¹⁹⁶⁾ Der Vertretene wird dadurch vielfach gezwungen sein, den Vertrag zu genehmigen und sich dabei mit den vom *falsus procurator* und Erwerber ausgehandelten Vertragsbedingungen – einschließlich dem Risiko der Haftung für zugesicherte Eigenschaften – einverstanden zu erklären.

75 Auch der Erwerber wird durch diesen Lösungsweg benachteiligt. Der Erwerber wollte den Vertretenen als Vertragspartner und bekommt hier den Vertreter gegenübergestellt. Weiterhin kann die Frage, ob ein gutgläubiger Eigentumserwerb bereicherungsrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt ist, nicht von der Frage abhängen, ob der betreffende Erwerbstatbestand dies nach Sinn und Zweck verlangt, sondern allein davon, ob das Bereicherungsrecht einen dementsprechenden Anspruch vorsieht.¹⁹⁷⁾ Schließlich bleibt zu fragen, warum der Erwer-

194) Karsten Schmidt, JuS 1987, 936, 939; ders., Handelsrecht, § 23 III.

195) Im Ergebnis ebenso Reinicke, AcP 189 (1989), 79, 96.

196) Reinicke, AcP 189 (1989), 79, 96.

197) Vgl. Bosch, JuS 1988, 439, 440.

Abs. 1 HGB ist die Bösgläubigkeit hinsichtlich des fehlenden Eigentums daher unerheblich. Weiß der Erwerber allerdings von der fehlenden Verfügungsbefugnis herleitet, so entfällt auch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers oder Verpfänders.²⁰⁸⁾

80 Es existiert bei einem gutgläubigen Eigentumserwerb nach § 366 HGB wie bei einem Eigentumserwerb nach §§ 932 ff BGB (oben Rz. 32 ff) **keine allgemeine Nachforschungspflicht** bei Dritten.²⁰⁹⁾ Ohne einen konkreten Verdacht der Nichtberechtigung des Veräußerers lassen sich Erkundigungs-, Überprüfungs- und Nachforschungspflichten nur ausnahmsweise²¹⁰⁾ bei bestimmten, verkehrstypischen Gefahrensituationen rechtfertigen.²¹¹⁾ Bei einer konkreten Verdachtsituation, wie Auffälligkeiten bei den persönlichen und geschäftlichen Verhältnissen des Veräußerers, etwa dem Verkauf zu einem unüblichen Schleuderpreis, oder bei den besonderen Umständen des Vertragsabschlusses besteht zumeist jedoch eine Nachforschungspflicht.²¹²⁾

81 § 366 Abs. 1 HGB schützt den guten Glauben des Erwerbers beim Erwerb von allen Arten von Kaufleuten. Jedoch besteht **nicht bei allen Kaufleuten ein gleich hohes Verkehrsschutzbedürfnis**.²¹³⁾ Während beim Kommissionär die Befugnis, über fremde Sachen zu verfügen, meist vorliegt, sind Frachtführer oder Lagerhalter üblicherweise nicht zur Veräußerung oder Verpfändung von in ihrem Besitz stehenden fremden Sachen befugt. Obwohl die Verfasser des HGB in erster Linie an den Kommissionär dachten,²¹⁴⁾ schützt der Gesetzestext nun alle Kaufleute. Die Norm ist folglich weiter gefaßt, als es aus dem

208) RG, Urt. v. 15. 4. 1931 – 490/30 IX, JW 1931, 3079, 3080 f; BGH NJW 1961, 777.

209) BGH NJW 1975, 735, 736; BGH ZIP 1983, 438, 441; OLG Hamburg NJW-RR 1987, 1266, 1267.

210) BGH ZIP 1980, 634, 636.

211) BGH ZIP 1983, 438, 441.

212) BGH NJW 1993, 1649. Eine konkrete Nachforschungspflicht ist generell beim Verkauf wertvoller Gegenstände auf der Straße (BGH NJW 1975, 735, 736) oder dem kurzfristigen Weiterverkauf von Wertgegenständen ohne Eigennutzung (BGH, Urt. v. 23. 11. 1966 – VIII ZR 151/64, BB 1967, 10, 10) anzunehmen.

213) Vgl. *Raisch*, S. 274 f m. w. N. Im Ergebnis so auch *Canaris*, Handelsrecht, § 27 I 1 b, S. 393; *Staub/Canaris*, HGB, § 366 Anm. 3; *Heymann/Horn*, HGB, § 366 Rz. 1.

214) Vgl. Denkschrift, S. 207 f: „Wer von einem Kaufmann, der gewerbsmäßig Kommissionsgeschäfte betreibt, Waaren oder Wertpapiere erwirbt oder zum Pfand nimmt, wird oftmals nicht im unklaren darüber sein, daß die betreffenden Gegenstände nicht dem Veräußerer oder Verpfänder gehören, er darf sich aber, wenn ihm die Umstände keine Veranlassung zu Zweifeln geben, darauf verlassen, daß der Kommissionär zur Verfügung über den Gegenstand befugt ist, und es kann ihm der Regel nach nicht angesonnen werden, Ermittlungen darüber anzustellen, ob ein gültiger Kommissionsauftrag besteht und wie weit er reicht.“

Verkehrsschutzbedürfnis notwendig wäre. Dies ist aufgrund der ansonsten drohenden Abgrenzungsschwierigkeiten und der Möglichkeit von Zwischen- und Übergangsformen bei den einzelnen Erscheinungsformen der Kaufleute nicht als sachwidrig zu bezeichnen. Die weite Fassung des § 366 Abs. 1 HGB sollte dennoch bei der Frage, ob ein guter Glaube im Einzelfall vorliegt, berücksichtigt werden.²¹⁵⁾

bb) Fallgruppen

Im einzelnen lassen sich die Besonderheiten beim Tatbestand der Gutgläubigkeit im Rahmen des § 366 HGB in folgende **Fallgruppen** zusammenfassen:

(1) Berufsstellung des Kaufmanns

Wie gerade (oben Rz. 81) festgestellt, ist das Verkehrsschutzbedürfnis beim Erwerb von Kaufleuten mit unterschiedlicher **Berufsstellung** nicht gleich groß. Beim Kommissionär darf der Erwerber grundsätzlich von einer Befugnis zur Veräußerung der fremden Sache ausgehen. An den Tatbestand der Gutgläubigkeit sind daher keine besonderen Anforderungen zu stellen. Gleiches gilt bei Warenkaufleuten, die Vorbehaltsgut veräußern.²¹⁶⁾ Einschränkungen müssen allerdings bei einer Verpfändung durch Kommissionäre oder Warenkaufleute gemacht werden. Zur Bestellung eines Pfandrechts sind Kommissionäre und Warenkaufleute nur in seltenen Fällen befugt. Hier müssen deshalb besondere Umstände hinzutreten, die einen guten Glauben an die Verfügungsmacht begründen können. Bei Spediteuren, Frachtführern und Lagerhaltern besteht andererseits im Regelfall gerade keine Befugnis zur Veräußerung oder Verpfändung der Sache. Hier vermag daher allein der Umstand der Berufsstellung des Vertragspartners die Bösgläubigkeit zu begründen, wenn der Erwerber nicht besondere Umstände des Einzelfalles für das Bestehen einer Verfügungsbefugnis vorbringen kann.²¹⁷⁾ Beim Erwerb von diesen Berufsgruppen wird sich auch anhand der Grundsätze der Rechtsprechung zur Nachforschungspflicht (oben Rz. 35, 80) aufgrund der besonderen Umstände des Vertragsschlusses eine solche Pflicht des Erwerbers stets bejahen lassen.

215) So auch *Canaris*, Handelsrecht, § 27 I 1 b, S. 394; *Heymann/Horn*, HGB, § 366 Rz. 1.

216) *Staub/Canaris*, HGB, § 366 Anm. 35.

217) *Staub/Canaris*, HGB, § 366 Anm. 35; wohl auch *Heymann/Horn*, HGB, § 366 Rz. 1 und *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 366 Rz. 2.

(2) Differenzierung zwischen Umsatzgeschäften und Sicherungsgeschäften

- 84 Ein Kaufmann, der Waren, die unter Eigentumsvorbehalt seines Lieferanten stehen, erwirbt, ist zumeist nur zur Weiterveräußerung im Rahmen von **Umsatzgeschäften** befugt.²¹⁸⁾ Deshalb muß es beim Erwerber keinen Verdacht erregen, wenn er vom Eigentumsvorbehalt des Lieferanten an der Sache, die er grundsätzlich nur gegen Abtretung der Kaufpreisansprüche aus dem Weiterveräußerer kauft, die Ermächtigung erteilt, handelt der gewerbliche Zweitkäufer grob schlüssig, wenn er in seinen AGB die Abtretung des Kaufpreises aus dem Kaufmann bei Vereinbarung eines Abtretungsverbots rechnen. Die Klausel in den AGB des gewerblichen Erwerbers, der Verkäufer sichere die Freiheit der Ware vom Eigentumsvorbehalt zu, kann nicht den guten Glauben des Käufers ersetzen.²²¹⁾ Der Käufer und der Erwerber des Pfandrechts haben keine generelle Erkundigungspflicht nach einer eventuellen Sicherungsübereignung des Veräußerers oder Verpfänders.²²²⁾
- 85 Veräußert oder verpfändet der Kaufmann eine unter Eigentumsvorbehalt stehende Sache nicht im Rahmen eines Umsatzgeschäfts, sondern zur Sicherung seiner Schulden, so realisiert sich kein Kaufpreisanspruch, der an den Eigentümer abgetreten werden kann. Eine Ermächtigung zum Weiterkauf oder zur Verpfändung zu **Sicherungsgeschäften** liegt nicht im Interesse des Eigentümers und kann hier schwerlich angenommen werden.²²³⁾ Dies wird auch dem Zweitkäufer bewußt sein und seine Bösgläubigkeit begründen. Ausnahmsweise sind Sicherungsgeschäfte dann zulässig, wenn die unter Eigentumsvorbehalt stehende Sache sicherungsübereignet wird, um mit dem Darlehen den Kaufpreis an den Eigentümer zu zahlen.²²⁴⁾

218) Ein Kaufmann, der Ware für seinen Gewerbebetrieb unter Eigentumsvorbehalt bezieht, ist zumeist aus dem Sicherungsvertrag zum Weiterkauf dieser Ware im Rahmen seines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs befugt; vgl. *Canaris*, Handelsrecht, § 27 I 1 c, S. 394; *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 23 II 1 f.

219) BGHZ 30, 374, 380; BGH, Urt. v. 17. 12. 1969 – VIII ZR 35/68, WM 1970, 120, 121; *Heymann/Horn*, HGB, § 366 Rz. 19.

220) BGH ZIP 1980, 634, 636; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 366 Rz. 6; *Heymann/Horn*, HGB, § 366 Rz. 19.

221) BGH ZIP 1980, 634, 637.

222) BGH ZIP 1983, 438, 441; BGH, Urt. v. 22. 6. 1966 – VIII ZR 141/64, NJW 1966, 1959, 1960; BGH WM 1970, 120.

223) *Canaris*, Handelsrecht, § 27 I 4 b, S. 398.

224) BGH, Urt. v. 3. 3. 1960 – VIII ZR 40/59, WM 1960, 397, 399; BGH WM 1970, 120, 121.

(3) Verfügungen außerhalb des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs

Veräußerungen oder Verpfändungen außerhalb des **ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs** des Kaufmanns sind durch die Verfügungsmacht zumeist nicht gedeckt. So ist die Ermächtigung für unter Eigentumsvorbehalt stehende Waren grundsätzlich nur für Verfügungen im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs anzunehmen.²²⁵⁾ Ein Verkauf fremder Sachen zum Schleuderspiel widerspricht den Interessen des Eigentümers und begründet in der Regel die Bösgläubigkeit des Erwerbers.²²⁶⁾ Um den unternehmerischen Spielraum und die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Kaufmanns nicht allzu stark einzuschränken, gilt eine Ausnahme bei ungewöhnlichen Geschäften wie dem Schlußverkauf oder dem Räumungsverkauf.²²⁷⁾ Diese Geschäfte fallen unter den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb eines Kaufmanns.

(4) Einfluß von bestimmten Urkunden

Auch die Existenz von Urkunden kann im Geschäftsverkehr für die Gut- oder Bösgläubigkeit des Erwerbers maßgeblich sein. Einen der relevantesten Fälle stellt hier der **Kraftfahrzeugbrief** dar. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²²⁸⁾ begründet beim Kauf gebrauchter Kraftfahrzeuge der Besitz desselben allein nicht den für den Gutgläubenserwerb nach § 932 BGB oder § 366 HGB erforderlichen Rechtsschein. Vielmehr gehört es regelmäßig zu den Mindestanforderungen²²⁹⁾ gutgläubigen Erwerbs eines solchen Kraftfahrzeugs, daß sich der Käufer den Kraftfahrzeugbrief vorlegen läßt, um die Berechtigung des Veräußerers prüfen zu können.²³⁰⁾ Kraftfahrzeuge dienen oftmals als Sicherheit für einen bei ihrer Anschaffung gewährten Kredit.²³¹⁾ Kann der Veräußerer den Kraftfahrzeugbrief nicht vorlegen, so muß dies Argwohn erwecken und zu weiteren Nachforschungen Anlaß geben.²³²⁾ Ist der Kraftfahrzeugbrief bei einer Bank hinterlegt und hat der Erwerber hiervon

225) BGHZ 10, 14, 17 f.; BGH, Urt. v. 16. 3. 1977 – VIII ZR 215/75, BGHZ 68, 199, 201.

226) OLG Hamburg, Urt. v. 5. 3. 1970 – 6 U 204/69, MDR 1970, 506.

227) *Staub/Canaris*, HGB, § 366 Anm. 49 ff.

228) Vgl. z. B. BGH NJW 1965, 687; BGH, Urt. v. 20. 2. 1967 – III ZR 134/65, NJW 1967, 1022, 1024; BGH NJW 1975, 735, 736; BGH, Urt. v. 11. 3. 1991 – II ZR 88/90, NJW 1991, 1415, 1416 f.; BGH ZIP 1994, 787, 788 f.

229) BGH, Urt. v. 9. 10. 1963 – VIII ZR 210/62, WM 1963, 1186 f.; BGH, Urt. v. 23. 5. 1966 – VIII ZR 60/64, LM BGB § 932 Nr. 21; BGH NJW 1975, 735, 736; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 246.

230) BGH NJW 1991, 1415, 1416 f.; BGH, Urt. v. 13. 5. 1996 – II ZR 222/95, ZIP 1996, 1384, 1385.

231) BGH NJW 1991, 1415, 1416 f.

232) BGH ZIP 1994, 787, 789.

Kenntnis, scheidet wegen grober Fahrlässigkeit ein gutgläubiger Erwerb des Kraftfahrzeugs aus.²³³⁾ Die Rechtsprechung hat sich von der Bedeutung des Kraftfahrzeugbriefs leiten lassen, wie sie unter anderem in § 25 Abs. 4, § 27 Abs. 3 StVZO zum Ausdruck gekommen ist. Danach soll dieser Brief, auch wenn er kein Traditionspapier ist,²³⁴⁾ den Eigentümer oder sonst dinglich am Kraftfahrzeug Berechtigten schützen.²³⁵⁾ Erwirbt jemand von einem autorisierten Vertragshändler eines Herstellerwerks ein fabriktneues Fahrzeug, so ist ein guter Glaube an die Verfügungsbefugnis des Händlers allerdings nicht allein deshalb zu verneinen, weil er sich den Kraftfahrzeugbrief nicht hat vorlegen lassen. Vielmehr kann sich der Käufer auf die Ermächtigung des Händlers durch den Vorlieferanten verlassen.²³⁶⁾

- 88 **Kaufmännische Güterpapiere** können ebenfalls eine Wirkung auf den Tatbestand des guten Glaubens haben. Hierbei ist zwischen der Legitimationswirkung insbesondere bei den Traditionspapieren einerseits und der Sperrfunktion andererseits zu unterscheiden.²³⁷⁾ So kann der gute Glaube an die Verfügungsmacht auch bei Sicherungsgeschäften (hierzu oben unter bb.) vorliegen, wenn der Sicherungseigentümer Maßnahmen unterläßt, um Verfügungen des Sicherungsgebers über das bei einem Lagerhalter eingelagerte Sicherungsgut mit Hilfe eines Lagerscheins zu verhindern, da der Erwerber von der Verfügungsberechtigung des legitimitierten Papierinhabers ausgehen darf.²³⁸⁾ Eine Sperrfunktion kann kaufmännischen Güterpapieren dann zukommen, wenn dem Erwerber bei der Übereignung von Frachtgut das Vorhandensein eines Lagerscheins bekannt ist und er sich dennoch um den Verbleib der Urkunde und ihren Inhalt nicht kümmert.²³⁹⁾

d) Kein gutgläubiger Erwerb bei abhanden gekommenen Sachen

- 89 Der gutgläubige Erwerb aufgrund von § 366 Abs. 1 HGB „tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen war“ (§ 935 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die oben gemachten Ausführungen (Rz. 44) gelten hier entsprechend.

233) OLG Karlsruhe, Urt. v. 7. 4. 1989 – 15 U 295/88, ZIP 1989, 1135, dazu EWidR 1989, 769 (Quack).

234) BGH, Urt. v. 8. 5. 1978 – VIII ZR 46/77, NJW 1978, 1854 m. w. N.

235) BGH, Urt. v. 25. 6. 1953 – III ZR 353/51, BGHZ 10, 122, 125.

236) BGHZ 10, 69, 74; BGH, Urt. v. 16. 5. 1990 – 11 U 82/89, NJW-RR 1992, 381, 382.

237) Vgl. Staub/Canaris, HGB, § 366 Anm. 64 f.

238) BGH WM 1969, 242, 245.

239) RG, Urt. v. 8. 12. 1927 – VI 108/27, RGZ 119, 215, 219.

e) **Die Rechtsfolge des gutgläubigen Erwerbs**
Als **Rechtsfolge** der Gutgläubigkeit erlangt der Erwerber das Eigentum oder ein Pfandrecht an der Sache. Bei gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen hinsichtlich des eigenen Vermögens ist § 366 Abs. 1 HGB allerdings unanwendbar (oben Rz. 66 ff).

f) Das Verhältnis von § 366 HGB zu den §§ 932 ff BGB

Bezieht sich der gute Glaube des Erwerbers nur auf das Eigentum des Veräußerers, so kommen die §§ 932 ff BGB zur Anwendung. Auf die Kaufmannseigenschaft kommt es in diesen Fällen nicht an. Zumeist liegen der gute Glaube an das Eigentum gemäß §§ 932 ff BGB und der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis gemäß § 366 HGB alternativ vor.²⁴⁰⁾ Oftmals hat der Erwerber aber keine klaren Vorstellungen, welcher Art die Berechtigung des Veräußerers ist. Er vertraut schlicht auf die Richtigkeit der Übereignung. In diesem Fall sind beide Regelungen gleichzeitig anzuwenden.²⁴¹⁾ Es kann aber auch die Feststellung genügen, der Erwerber habe mindestens auf die Verfügungsbefugnis vertraut.²⁴²⁾

2. Der gutgläubige lastenfremde Erwerb vom Nichtberechtigten aufgrund guten Glaubens an die Verfügungsmacht des Veräußerers nach § 366 Abs. 2 HGB

Ist der Erwerber bei Erwerb des Eigentums gutgläubig, so kann er nach § 366 Abs. 2 HGB **lastenfrees Eigentum** ähnlich wie bei § 936 BGB (oben Rz. 45 f) erwerben. Wie bei § 936 BGB können nach § 366 Abs. 2 HGB Nießbrauch und Pfandrechte aller Art,²⁴³⁾ einschließlich der gesetzlichen Pfandrechte²⁴⁴⁾ und auch Anwartschaftsrechte aus Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung erlöschen.²⁴⁵⁾ Das gilt nicht nur, wenn die belastete Sache von einem Nichteigentümer, sondern auch, wenn sie vom Eigentümer selbst erworben wird.²⁴⁶⁾

240) Heymann/Horn, HGB, § 366 Rz. 23; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 23 I 3.

241) BGH WM 1959, 533, 534; BGH NJW 1965, 687.

242) BGH WM 1959, 533; BGH NJW 1975, 735, 736; BGH ZIP 1980, 634, 636.

243) Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 37.

244) BGH WM 1962, 1177.

245) BGHZ 45, 186, 190.

246) Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 37.

- 93 Wie bei § 366 Abs. 1 (oben Rz. 52 ff) muß auch bei § 366 Abs. 2 HGB die Sache von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes veräußert oder verpfändet werden.
- 94 Anders als bei § 936 BGB ist bei § 366 Abs. 2 HGB nicht der gute Glaube an das Nichtbestehen des Rechts des Dritten geschützt, sondern der gute Glaube des Erwerbers an die Befugnis des Veräußerers, über die Sache ohne Vorbehalt des Rechts des Dritten zu verfügen.

3. Der gutgläubige Erwerb gesetzlicher Pfandrechte nach § 366 Abs. 3 HGB

- 95 § 366 Abs. 3 HGB stellt die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs nach §§ 397, 404 HGB,²⁴⁷⁾ des Spediteurs nach § 464 HGB,²⁴⁸⁾ des Lagerhalters nach § 475b HGB und des Frachtführers nach §§ 441–443 HGB²⁴⁹⁾ hinsichtlich des Gutgläubenschutzes einem gemäß § 366 Abs. 1 HGB durch Vertrag erworbenen Pfandrecht gleich. Aufgrund der Verdrängung von vertraglichen Pfandrechten durch die Institution der Sicherungsübereignung, stellen die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts – zusammen mit den in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarten vertraglichen Pfandrechten – das wichtigste Anwendungsgebiet von Pfandrechten dar.²⁵⁰⁾ Der Gleichstellung von gesetzlichen und vertraglichen Pfandrechten hinsichtlich des guten Glaubens kommt damit eine erhebliche praktische Bedeutung zu. Die Ausdehnung des Vertrauensschutzes des gutgläubigen Erwerbs auf die oben genannten gesetzlichen Pfandrechte des Handelsgesetzbuchs durch § 366 Abs. 3 HGB trägt den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehrs Rechnung.²⁵¹⁾ Kommissionäre, Spediteure, Lagerhalter und Frachtführer können ihre Leistung nicht Zug um Zug gegen die Gegenleistung erbringen, vielmehr sind sie zur Vorleistung verpflichtet. Ein guter Glaube an das Eigentum des Vertragspartners wird im Handelsverkehr oftmals ausgeschlossen sein. Ohne die Vorschrift des § 366 Abs. 3 HGB müßten demnach die Kommissionäre, Spediteure, Lagerhalter und Frachtführer auf Vorkasse für ihre Leistungen bestehen, obwohl sie in den Gütern des Vertragspartners einen als Sicherheit geeigneten Gegenstand in Besitz haben.²⁵²⁾

247) Siehe zu diesen Regelungen näher Scherer, § 15 Rz. 68 ff.

248) Siehe zu dieser Regelung Kadletz, § 19 Rz. 31.

249) Siehe zu dieser Regelung näher Kadletz, § 17 Rz. 25.

250) Canaris, Handelsrecht, § 27 II, S. 400.

251) Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 41.

252) Canaris, Handelsrecht, § 27 II, S. 400.

- § 366 Abs. 3 HGB findet keine Anwendung auf Vertragspfandrechte, wie z. B. das Vertragspfandrecht des Spediteurs nach § 50 ADSp.²⁵³⁾ Auf die vertraglich vereinbarten Pfandrechte findet § 1207 BGB Anwendung, wenn der gute Glaube an das Eigentum des Versenders vorliegt (oben Rz. 48 ff). Bei einem guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Versenders ist § 366 Abs. 1 und Abs. 2 HGB anzuwenden (oben Rz. 51, 92).

a) Die Entstehung der gesetzlichen Pfandrechte im Unterschied zu den vertraglichen Pfandrechten

Im Gegensatz zu den vertraglichen Pfandrechten (oben Rz. 48) wird für die Entstehung der gesetzlichen Pfandrechte keine rechtsgeschäftliche Einigung nach § 1205 Abs. 1 BGB vorausgesetzt. Die gesetzlichen Pfandrechte entstehen durch den Abschluß eines Kommissions-, Speditions-, Lager- oder Frachtvertrags, wenn sich die Beziehung dieses Vertrags auf bestimmte Gegenstände als Kommissionsgut, Frachtgut usw. richtet und der Besitz an diesen Gütern verschafft wird.²⁵⁴⁾ Für die Besitzverschaffung ist hierbei auch jede Art von mittelbarem Besitz ausreichend.²⁵⁵⁾

b) Kaufmannsstellung nicht erforderlich

Zwar verweist § 366 Abs. 3 auf § 366 Abs. 1 HGB, hieraus wird aber nicht die Kaufmannsstellung des Schuldners (Kommittenten, Versenders, Einlagerers, Absenders) gefordert.²⁵⁶⁾ Durch den Verweis auf Absatz 1 wollten die Verfasser des HGB gerade die Nichterforderlichkeit der Kaufmannsstellung des Schuldners verdeutlichen.²⁵⁷⁾

c) Der Tatbestand des guten Glaubens

Im Rahmen des § 366 Abs. 3 HGB sind hinsichtlich des guten Glaubens zwei Fallgestaltungen denkbar. Zunächst ist der gute Glaube des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters oder Frachtführers an das Eigentum des Schuldners

253) BGH, Urt. v. 8. 3. 1955 – I ZR 109/53, BGHZ 17, 1, 4 ff; Canaris, Handelsrecht, § 27 II 4 a, S. 404 f; Staub/Canaris, HGB, § 366 Anm. 77; Ruß, in: Glanegger u. a., HGB, § 366 Rz. 9; Heymann/Horn, HGB, § 366 Rz. 24; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 44.

254) Heymann/Horn, HGB, § 366 Rz. 25.

255) RG, Urt. v. 22. 10. 1927 – I 125/27, RGZ 118, 250, 252.

256) Baumbach/Hopt, HGB, § 366 Rz. 9; Heymann/Horn, HGB, § 366 Rz. 28; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 43.

257) Vgl. Denkschrift, S. 208.

möglich. Weiterhin kann sich der gute Glaube aber auch auf das Bestehen der „Verfügungsbefugnis“ beziehen. Hinsichtlich der Anforderungen an den guten Glauben gelten dabei die gleichen Maßstäbe wie bei § 366 Abs. 1 HGB (hierzu oben unter I. 3.) und bei § 366 Abs. 2 HGB.²⁵⁸⁾

aa) Der gute Glaube an das Eigentum des Schuldners

- 100 Der gute Glaube des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters oder Frachtführers an das Eigentum seines Vertragspartners an den Waren ist in § 366 Abs. 3 HGB nicht genannt. Andererseits erfolgt hier ein Verweis auf § 366 Abs. 1 HGB, der einen über den guten Glauben an das Eigentum nach §§ 932 ff BGB hinausgehenden Schutz bezweckt. Dies ergibt sich schon aus der Formulierung „auch dann Anwendung“ in § 366 Abs. 1 HGB.²⁵⁹⁾ Folglich bringt § 366 Abs. 3 HGB i. V. m. § 366 Abs. 1 HGB den Willen zum Schutz des guten Glaubens an das Eigentum zum Ausdruck. Daher wird auch bei gesetzlichen Pfandrechten der **gute Glaube an das Eigentum geschützt**.²⁶⁰⁾

bb) Der gute Glaube an die Befugnis zum Abschluß von Verträgen, die zur Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts führen

- 101 Die gesetzlichen Pfandrechte entstehen nicht durch eine Verfügung des Verpfänders, sondern durch den Abschluß eines Kommissions-, Speditions-, Lager- oder Frachtvertrags und die Verschaffung des Besitzes (oben Rz. 97). Der gute Glaube an die Verfügungsmacht paßt daher nicht auf die Regelung des § 366 Abs. 3 HGB. Vielmehr kommt es für den guten Glauben bei § 366 Abs. 3 HGB auf den Akt an, der beim gesetzlichen Pfandrecht der Verfügung beim vertraglich bestellten Pfandrecht entspricht.²⁶¹⁾ Demnach muß sich der **gute Glaube auf die schuldrechtliche Befugnis erstrecken, den Vertrag zu schließen, der in Verbindung mit der Besitzverschaffung zur Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts führt**.²⁶²⁾

258) Heymann/Horn, HGB, § 366 Rz. 30.

259) Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 41.

260) Canaris, Handelsrecht, § 27 II 2 b, S. 402; Staub/Canaris, HGB, § 366 Anm. 76; Ruß, in: Glanegger u. a., HGB, § 366 Rz. 9; Heymann/Horn, HGB, § 366 Rz. 26; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 41.

261) Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 42.

262) OLG Stuttgart, Urt. v. 5. 5. 1978 – 10 U 130/77, WM 1978, 1330, 1332; Baumbach/Hopt, HGB, § 366 Rz. 9; Ruß, in: Glanegger u. a., HGB, § 366 Rz. 9; Heymann/Horn, HGB, § 366 Rz. 26; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 42; GK-Weber, HGB, § 366 Rz. 17. Ungenau ist hier Brox, Rz. 311, der vom guten Glauben an die „Verfügungsbefugnis“ spricht. Beachte aber auch in diesen Fällen die einschränkende Wirkung der §§ 4, 30 DepotG.

d) Analoge Anwendung des § 366 Abs. 3 HGB auf das Werkunternehmerpfandrecht nach § 647 BGB?

Es ist im Schrifttum²⁶³⁾ höchst umstritten, ob auch das gesetzliche Besitzpfandrecht des Werkunternehmers gemäß § 647 BGB an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen in gleicher Weise wie ein vertragliches Pfandrecht kraft guten Glaubens erworben werden kann. § 366 Abs. 3 HGB setzt den gutgläubigen Erwerb eines gesetzlichen Pfandrechts voraus.²⁶⁴⁾ Auch ist ein Werkunternehmer, dessen gesetzliches Pfandrecht ebenfalls auf einer Besitzverschaffung beruht, oftmals in ähnlicher Weise schutzbedürftig wie ein Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter oder Frachtführer.²⁶⁵⁾ Dies könnte insoweit für eine analoge Anwendung des § 366 Abs. 3 HGB auf das Werkunternehmerpfandrecht des § 647 BGB sprechen. Dennoch ist die **analoge Anwendung abzulehnen**. Nach § 1257 BGB sind die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Gesetz entstandenes Pfandrecht entsprechend anzuwenden. Die entsprechende Anwendung ist daher nur möglich, wenn das Pfandrecht kraft Gesetz entstanden ist und gerade nicht, wenn es vom Berechtigten oder Nichtberechtigten kraft guten Glaubens erworben wird.²⁶⁶⁾ Schließlich wollte auch der Gesetzgeber eine Gleichstellung von gesetzlich entstandenen und vertraglich bestellten Pfandrechten nicht, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des BGB ergibt.²⁶⁷⁾ Die Judikatur lehnt deshalb in ständiger Rechtsprechung zutreffend den gutgläubigen Erwerb des Werkunternehmerpfandrechts ab.²⁶⁸⁾ Dem

263) Für den gutgläubigen Erwerb des Werkunternehmerpfandrechts gemäß § 647 BGB: Canaris, Handelsrecht, § 27 II 3 a, S. 403 f; Staub/Canaris, HGB, § 366 Anm. 78; Frohn, AcP 161 (1962), 31, 31 ff; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 44; GK-Weber, HGB, § 366 Rz. 21, jeweils m. w. N. Gegen den gutgläubigen Erwerb: Baumbach/Hopt, HGB, § 366 Rz. 9; Brox, Rz. 311; Ruß, in: Glanegger u. a., HGB, § 366 Rz. 9; Henke, AcP 161 (1962), 1 ff; Reinicke/Tiedtke, JA 1984, 202, 204, jeweils m. w. N.

264) Canaris, Handelsrecht, § 27 II 2 a, S. 401; Staub/Canaris, HGB, § 366 Anm. 78; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 44.

265) Canaris, Handelsrecht, § 27 II 2 a, S. 401; Staub/Canaris, HGB, § 366 Anm. 78; GK-Weber, HGB, § 366 Rz. 21; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 366 Rz. 44. Bei den besitzlosen sog. Einbringungspfandrechten des Vermieters (§ 559 BGB), des Verpächters (§ 583 BGB) und des Gastwirts (§ 704 BGB) wird nach ganz einhelliger Meinung ein gutgläubiger Erwerb des Pfandrechts abgelehnt.

266) Reinicke/Tiedtke, JA 1984, 202, 214.

267) Vgl. Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, S. 404, 405; Band III, S. 797.

268) BGH, Urt. v. 21. 12. 1960 – VIII ZR 89/59, BGHZ 34, 122, 124, 127; BGH, Urt. v. 21. 12. 1960 – VIII ZR 146/59, BGHZ 34, 153, 154 ff; BGH, Urt. v. 18. 5. 1983 – VIII ZR 86/82, ZIP 1983, 950, 952.

Werkunternehmer wird vom Bundesgerichtshof jedoch mit einem Verwendungsersatzanspruch gemäß § 994 BGB und dem Zurückbehaltungsrecht des § 1000 BGB geholfen.²⁶⁹⁾ In der Praxis vereinbaren daher viele Werkunternehmer in ihren AGB ein vertragliches Pfandrecht.²⁷⁰⁾ Ein gutgläubiger Pfandrechtswerb ist dann nach § 1207 BGB oder § 366 Abs. 1 HGB möglich.²⁷¹⁾

e) Kein gutgläubiger Erwerb bei abhanden gekommenen Sachen

- 103 Der gutgläubige Erwerb des gesetzlichen Pfandrechts aufgrund von § 366 Abs. 3 HGB „tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst **abhanden gekommen** war“ (§ 935 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine Ausnahme gilt hier wiederum bei Geld, Inhaberpapieren sowie Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert wurden (§ 935 Abs. 2 BGB). Die unter Rz. 44 gemachten Ausführungen gelten hier entsprechend.

f) Die Rechtsfolge des gutgläubigen Erwerbs

- 104 Als **Rechtsfolge** der Gutgläubigkeit erlangt der Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter oder Frachtführer das gesetzliche Pfandrecht an der Ware, wie beim gesetzlichen Pfandrechtswerb vom Berechtigten.

4. Der gutgläubige Erwerb gewisser Wertpapiere nach § 367 HGB

- 105 Der Erwerb von Inhaberpapieren ist nach § 935 Abs. 2 BGB wie der Erwerb von kaufmännischen Orderpapieren nach § 365 HGB i. V. m. Art. 16 Abs. 2 WG auch dann möglich, wenn diese Papiere dem Eigentümer abhanden gekommen sind. § 366 HGB sieht den gleichen Gutglaubensschutz auch dann vor, wenn ein Nichteigentümer aufgrund angeblicher Verfügungsberechtigung verfügt. § 367 HGB stellt eine **Rechtsvermutung für den bösen Glauben** eines Kaufmanns auf, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, die an eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger anknüpft.

269) BGHZ 34, 122, 127 ff; BGH, Urt. v. 18. 12. 1968 – VIII ZR 214/66, BGHZ 51, 250, 251 ff; BGH ZIP 1983, 950, 951.

270) *Canaris*, Handelsrecht, § 27 II 3 a, S. 403; *GK-Weber*, HGB, § 366 Rz. 21; *Heymann/Horn*, HGB, § 366 Rz. 27.

271) BGH, Urt. v. 4. 5. 1977 – VIII ZR 3/76, BGHZ 68, 323, 326; BGH, Urt. v. 22. 10. 1980 – VIII ZR 209/79, NJW 1981, 226, 227. Kritisch hierzu *Reinicke/Tiedtke*, JA 1984, 202, 209 f, die nur ein durch Individualvertrag bestelltes Pfandrecht ausreichen lassen wollen.

a) Die von der Regelung des § 367 HGB erfaßten Wertpapiere

§ 367 erfaßt zunächst **Inhaberpapiere**. Bei diesem Papier ist der jeweilige Papierinhaber der Berechtigte eines in dem Papier verbrieften Rechts, und die Übertragung des verbrieften Rechts erfolgt durch die Übertragung des Papiers.²⁷²⁾ Zu den Inhaberpapieren gehören die Inhaberschuldverschreibung (Art. 5 ScheckG), die Inhaberaktie (§ 10 (§§ 793 ff BGB), der Inhaberscheck (§ 1195 BGB) und das Invest-Abs. 1 AktG), der Inhabergrundschuldbrief (§ 18 Abs. 1 KAGG).²⁷³⁾ Dabei kann es sich auch um ausländische Inhaberpapiere handeln.²⁷⁴⁾

Nach § 367 Abs. 1 Satz 2 HGB gehören auch **bestimmte Orderpapiere** zu den Inhaberpapieren im Sinne des § 367 HGB, soweit es sich um Anleihe-schuldverschreibungen, Namensaktien (§§ 10 Abs. 1, 68 Abs. 1 AktG), Zwischenscheine (§§ 11 Abs. 3, 68 Abs. 5 AktG) oder ehemalige Reichsbankanteilscheine²⁷⁵⁾ handelt, die mit einem Blankoindossament versehen sind.

Auf Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermin fällig werden, auf unverzinsliche Inhaberpapiere, die auf Sicht zahlbar sind, und auf Banknoten ist § 367 HGB nicht anzuwenden. Dies folgt aus § 367 Abs. 3 HGB.

b) Abhandenkommen der Papiere

Die Papiere müssen dem Eigentümer **abhanden gekommen** sein. Hier gilt dasselbe wie bei § 935 Abs. 1 BGB (oben Rz. 44). Abhandenkommen liegt demnach vor, wenn sich der Besitzverlust ohne den Willen des Eigentümers vollzogen hat; nicht zu fordern ist hingegen der Besitzverlust gegen seinen Willen, so etwa unter Zwang.²⁷⁶⁾ Um dem Schutzzweck des § 367 HGB zu entsprechen, wird die Norm jedoch auch angewendet, wenn ein Besitzmittler die Papiere unterschlagen hat.²⁷⁷⁾

272) *Heymann/Horn*, HGB, § 367 Rz. 2.

273) Vgl. auch LG Essen, Urt. v. 26. 11. 1976 – 17 O 62/76, WM 1977, 433 f.

274) *Baumbach/Hopt*, HGB, § 367 Rz. 2; *GK-Weber*, HGB, § 367 Rz. 2; *Heymann/Horn*, HGB, § 367 Rz. 2; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, § 367 Rz. 3.

275) Anstelle der ehemaligen Reichsbankanteilscheine sind gemäß § 9, § 5 Abs. 5 Liquidationsgesetz vom 2. 8. 1961, BGBI I, 1165, Bundesbankgenüßscheine ausgeliefert worden.

276) RGZ 101, 224, 225; OLG München NJW-RR 1993, 1466, 1467.

277) *Baumbach/Hopt*, HGB, § 367 Rz. 3; *Ruß*, in: *Glanegger u. a.*, HGB, § 367 Rz. 2; *Heymann/Horn*, HGB, § 367 Rz. 5; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, § 367 Rz. 4.

c) **Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt**

- 110 Das abhanden gekommene Papier muß an einen Kaufmann, der mit Wertpapieren handelt, d. h. also **Kaufmann gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 4 HGB** ist, veräußert oder verpfändet werden. Dieses Verfügungsgeschäft muß zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören.²⁷⁸⁾ Die Zugehörigkeit der Verfügung zum Betrieb eines Handelsgewerbes bestimmt sich nach §§ 343 f HGB. Zur Erleichterung des Nachweises der Zugehörigkeit eines Rechtsgeschäfts stellt § 344 Abs. 1 HGB eine widerlegbare Vermutung auf, nach der die Verfügung im Zweifel zum Betrieb des Handelsgewerbes gehört.

d) **Bekanntmachung im Bundesanzeiger**

- 111 Die Wirkung des § 367 HGB tritt nur ein, wenn der Verlust des **Papiers im Bundesanzeiger bekanntgemacht** wurde. Ist der Verlust in einem anderen Blatt bekanntgemacht worden, so gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 932–934 BGB.²⁷⁹⁾ So kann die Veröffentlichung des Verlusts eines Wertpapiers in der Oppositionsliste der Zeitschrift Wertpapiermitteilungen eine grobe Fahrlässigkeit einer Bank nach § 932 Abs. 2 BGB begründen.²⁸⁰⁾ Liegen besondere Umstände in der Person des Einreichers oder aufgrund der Ungewöhnlichkeit des Geschäfts vor, kann die Sorgfaltspflicht des Kaufmanns auch auf den Zeitraum zwischen Verlust des Papiers und Veröffentlichung der Opposition ausgedehnt werden. Die Rechtsprechung ist hier jedoch bei der Annahme der groben Fahrlässigkeit sehr zurückhaltend. Sie liegt nicht schon dann vor, wenn ein Bankangestellter ohne weitere Nachfrage Inhaberpapire im Wert von 30 000 DM von einem bis dahin unbekanntem berufslosen 19jährigen Mann entgegennimmt, der im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verkaufsantrag erstmals ein Konto bei der beauftragten Bank einrichtet.²⁸¹⁾

e) **Frist nach Veröffentlichung**

- 112 Seit dem Ablauf des Jahres, in dem die Veröffentlichung im Bundesanzeiger erfolgt ist, darf **nicht mehr als ein Jahr** verstrichen sein.

278) Heymann/Horn, HGB, § 367 Rz. 6.

279) GK-Weber, HGB, § 367 Rz. 6; Heymann/Horn, HGB, § 367 Rz. 8.

280) GK-Weber, HGB, § 367 Rz. 6; Heymann/Horn, HGB, § 367 Rz. 8.

281) BGH, Urt. v. 10. 5. 1994 – XI ZR 212/93, ZIP 1994, 1012, 1013, dazu EWIR 1994, 769 (Schwintowski).

f) **Rechtsfolge**

Liegen die Voraussetzungen des § 367 HGB vor, so besteht die Vermutung der **Bösgläubigkeit** des Erwerbers des Wertpapiers hinsichtlich des Eigentums (§ 932 BGB) oder der Verfügungsbefugnis (§ 366 HGB) des Veräußerers oder Verpfänders. Die Vermutung kann nach § 367 Abs. 2 HGB vom Kaufmann widerlegt werden, wenn er aus besonderen Umständen nicht bösgläubig war. Dies ist praktisch nur der Fall, wenn er aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, den Bundesanzeiger zu spät erhalten hat.²⁸²⁾ Das alleinige Vertrauen auf die nachweisliche Bonität des Geschäftspartners vermag jedoch die Vermutung der Bösgläubigkeit nicht zu durchbrechen.²⁸³⁾ Gelingt es dem Kaufmann, die Vermutung des § 367 HGB zu widerlegen, so gilt der normale Maßstab der Gutgläubigkeit nach § 932 Abs. 2 BGB.²⁸⁴⁾

282) Baumbach/Hopt, HGB, § 367 Rz. 1; Heymann/Horn, HGB, § 367 Rz. 6.

283) RG, Urt. v. 25. 1. 1896 – I 324/95, RGZ 37, 69, 73.

284) Ruß, in: Glanegger u. a., HGB, § 367 Rz. 3; GK-Weber, HGB, § 367 Rz. 9; Koller/Roth/Morck, HGB, § 367 Rz. 1.