Gutgläubiger Erwerb des Eigentums an einem Pkw im Zuge eines Kettengeschäfts – Besitzdiener

1. **Ein Rechtsgeschäft – hier: eine Einigung i. S. von § 929 Satz 1 BGB –, das einem Betrug (§ 263 StGB) dient, ist allenfalls gemäß § 134 BGB nichtig, wenn der Betrogene ein Dritter ist. Soll hingegen gerade ein am Rechtsgeschäft Beteiligter – der eigene Vertragspartner – betrogen werden, so ist das Rechtsgeschäft lediglich gemäß § 123 I Fall 1 BGB anfechtbar. Denn § 123 I Fall 1 BGB eröffnet dem arglistig Getäuschten die Möglichkeit, das Rechtsgeschäft trotz der arglistigen Täuschung gelten zu lassen, und diese Möglichkeit würde ihm weggenommen, wenn jeder einseitige Verstoß gegen § 263 StGB per se zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führte.**

2. **Der Erwerber eines Kraftfahrzeugs erlangt zwar regelmäßig dann nicht den für eine Eigentumsübertragung gemäß § 929 Satz 1 BGB erforderlichen Alleinbesitz an dem Fahrzeug, wenn der Veräußerer den Zweitschlüssel für das Fahrzeug behält. Vielmehr bleibt der Veräußerer dadurch im Regelfall Mitbesitzer des Fahrzeugs. Anders ist es jedoch, wenn der Veräußerer keine Mitbenutzungsabsicht hat, er den Zweitschlüssel also nicht behält, um weiterhin auf das Fahrzeug zugreifen zu können, sondern er den Zweitschlüssel schlicht nicht auffinden und ihn nur deshalb dem Erwerber nicht aushändigen kann.**

3. **Jemand ist zwar grundsätzlich auch dann Besitzdiener i. S. von § 855 BGB, wenn er nicht den Willen hat, die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen auszuüben, aber tatsächlich aufgrund und im Rahmen eines für eine Besitzdienerschaft erforderlichen Abhängigkeitsverhältnisses handelt. Das Fehlen des Willens, die tatsächliche Gewalt für einen anderen auszuüben, ist jedoch ausnahmsweise beachtlich, wenn es sich nach außen manifestiert. Davon kann auszugehen sein, wenn sich der (potenzielle) Besitzdiener erkennbar an keine einzige Weisung des (potenziellen) Besitzherrn – hier: seines Arbeitgebers – hält.**

4. **Beim Kauf eines Gebrauchtwagens ist eine „Verdachtsituation“ gegeben und hat der Erwerber deshalb Anlass zu weiteren Nachforschungen, wenn der private Veräußerer des Fahrzeugs nicht mit dem in der Zulassungsbescheinigung Teil II (Fahrzeugbrief) eingetragenen Halter identisch ist (im Anschluss an BGH, Urt. v. 11.03.1991 – II ZR 88/90, NJW 1991, 1415, 1417). Eine „Verdachtsituation“ liegt aber nicht vor, wenn der Veräußerer ein gewerblicher Kfz-Händler ist. Denn die Eintragung eines Händlers als Halter ist im Gebrauchtwagenhandel nicht üblich; vielmehr werden solche Eintragungen gerade vermieden.**

OLG Hamm, Urteil vom 01.12.2016 – 5 U 25/16

Sachverhalt: Die Parteien streiten darüber, wer Eigentümer eines (bestimmten) Pkw ist.

Die Klägerin betreibt ein Autohaus und beschäftigte seit Anfang Juli 2014 *S* als Mitarbeiter. Dieser führte mit *F* ein Gespräch über den Ankauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs und holte den Pkw nebst den Fahrzeugpapieren und einem Schlüssel am 29.07.2014 bei *F* ab. *F* behielt den Zweitschlüssel; Einzelheiten sind zwischen den Parteien streitig. Unter dem 28.08.2014 unterzeichneten ein Mitarbeiter der Klägerin und *F* einen Kaufvertrag über das Fahrzeug mit einem Kaufpreis von 10.000 €.

Unter dem 04.09.2014 unterzeichneten *S* und *J* ebenfalls einen Kaufvertrag über den streitgegenständlichen Pkw. Dabei trat *S* unter eigenem Namen und eigener Adresse als Verkäufer auf. Es wurde ein Kaufpreis von 7.000 € vereinbart. *S* übergab *J* den Pkw, die Fahrzeugpapiere, in denen *F* noch als Halter eingetragen war, und den Fahrzeugschlüssel.

Mitte September 2014 führten *X*, ein Mitarbeiter der Klägerin, und *F* ein Telefonat über die Auszahlung des Kaufpreises für den Pkw, der sodann am 01.10.2014 angewiesen wurde.

Mit schriftlichem Vertrag vom 08.10.2014 kaufte die Beklagte das streitgegenständliche Fahrzeug von *J* zum Preis von 8.400 €, und der Pkw wurde der Beklagten übergeben.

Mit an die Klägerin gerichtetem Anwaltsschreiben vom 01.10.2014 erstattete *S* eine „Selbstanzeige“ wegen einer Unterschlagung des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Die Klägerin erstattete daraufhin Strafanzeige und forderte die Beklagte mit Schreiben vom 16.12.2014 sowie mit Schreiben vom 17.04.2015 jeweils unter Fristsetzung – erfolglos – zur Herausgabe des Pkw auf.

Die Klägerin meint, sie sei Eigentümerin des Fahrzeugs geworden und habe ihr Eigentum weder an *J* noch an die Beklagte verloren. DerPkw sei ihr i. S. des § 935 I BGB abhandengekommen. Ihr ehemaliger Mitarbeiter *S* – so behauptet die Klägerin – sei nicht zur Weiterveräußerung des Fahrzeugs an *J* berechtigt gewesen, sondern habe eigenmächtig und ohne ihr Wissen gehandelt und sich am Erlös bereichert. Dies habe *S* zwischenzeitlich auch eingeräumt, woraufhin er entlassen worden sei. Davon abgesehen hat nach Auffassung der Klägerin die Beklagte das Eigentum an dem Fahrzeug auch deshalb nicht gutgläubig erwerben können, weil die Fahrzeugpapiere den Voreigentümer *F* als Halter ausgewiesen hätten.

Die Beklagte ist demgegenüber der Ansicht, sie habe von *J* das Eigentum an dem Pkw erworben. Sie macht geltend, es sei üblich, dass ein gewerblicher Kfz-Händler – wie *J* – als bloßer Zwischenhändler nicht in den Fahrzeugpapieren eingetragen sei.

Das Landgericht hat die auf Herausgabe des Pkw gerichtete Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs aus § 985 BGB, weil sie nicht dessen Eigentümerin (geworden) sei. Ursprünglich sei – unstreitig – *F* Eigentümer des Pkw gewesen, und er habe das Eigentum nicht auf die Klägerin übertragen.

Eine Eigentumsübertragung könne zunächst nicht darin gesehen werden, dass *F* den Pkw am 27.09.2014 an *S* als Mitarbeiter der Klägerin übergeben habe. Denn dieser Übergabe habe keine wirksame Einigung i. S. von § 929 Satz 1 BGB zugrunde gelegen. Die Erklärungen, die *S* gegenüber *F* abgegeben habe, seien – was das Landgericht näher ausgeführt hat – gemäß § 134 BGB wegen einer beabsichtigten Unterschlagung zum Nachteil der Klägerin und eines vollendeten Betrugs zum Nachteil des *F* nichtig.

Ein Eigentumsübergang auf die Klägerin habe auch in der Folgezeit nicht stattgefunden, und zwar weder durch ein Verhalten des *S* noch durch das zwischen der Klägerin und *F* im September 2014 geführte Telefonat. Zu diesem Zeitpunkt sei jedenfalls ein Besitzerwerb durch die Klägerin nicht mehr möglich gewesen. Der Besitz sei – was das Landgericht ebenfalls näher ausgeführt hat – für den Zeugen *F* sowie für die Klägerin nach den Maßstäben des § 856 I BGB verloren gewesen, was die Kammer ebenfalls ausführt.

Die Voraussetzungen anderer Anspruchsgrundlagen (§ 1007 I und II BGB, § 861 BGB, § 812 BGB) seien wegen des gutgläubigen Eigentums- und Besitzerwerbs der Beklagten nicht erfüllt.

Gegen diese Entscheidung wandte sich die Klägerin mit ihrer Berufung.

Sie meint, das Landgericht habe rechtfehlerhaft angenommen, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des *S* und des *F* im Zuge der Einigung i. S. von § 929 Satz 1 BGB aufgrund eines Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig seien. Es lägen keine objektiven Anhaltspunkte dafür vor, dass *S* bereits am 29.07.2014 den Tatentschluss zur Unterschlagung des Fahrzeugs zu ihrem – der Klägerin – Nachteil gefasst habe. Allein die Tatsache, dass *S* zur Abholung des Pkw keine weiteren Urkunden mitgebracht habe, belege nicht, dass er das Fahrzeug zu diesem Zeitpunkt bereits habe unterschlagen wollen. Das Landgericht lasse bei seinen Überlegungen zudem außer Acht, dass der am 29.07.2014 schriftlich avisierte Ankaufsvertrag am 28.08.2014 auf dem Geschäftspapier der Klägerin ausgefertigt und *F* mit E-Mail vom 01.09.2014 zugeschickt bzw. nachgereicht worden sei. Eine Unterschlagung sei im Übrigen nur gegenüber ihr – der Klägerin – möglich gewesen. Dies setze wiederum voraus, dass *S* als ihr Besitzdiener zunächst den unmittelbaren Besitz am Fahrzeug erlangt und zudem als ihr Mitarbeiter und Vertreter die Einigung gemäß § 929 Satz 1 BGB mit dem Zeugen *F* vorgenommen haben müsse.

Weiter sei die Argumentation des Landgerichts nicht konsequent, da sich ein gleichzeitiger Tatentschluss zur Unterschlagung zu ihrem – der Klägerin – Nachteil und zum Betrug zum Nachteil des *F* gegenseitig ausschlössen.

Die Rechtsauffassung des Landgerichts sei zudem hinsichtlich des angenommenen Betrugs (§ 263 I StGB) rechtsfehlerhaft. Es lägen keine objektiven Beweise dafür vor, dass *S* im Verhältnis zu *F* den Tatbestand des Betrugs verwirklicht habe oder habe verwirklichen wollen. Es fehle bereits an einer Täuschungshandlung. Es lägen nicht einmal Anhaltspunkte dafür vor, dass *S* den Zeugen *F* bei Vertragsabschluss über die Person des Vertragspartners habe täuschen wollen. Das Landgericht verkenne, dass der Ankaufvertrag über den Pkw nicht im eigenen Namen des *S* abgeschlossen worden sei, sondern dass *S* als Mitarbeiter der Klägerin gehandelt und es auch zu seinem Aufgabenbereich als Verkäufer gehört habe, Fahrzeuge anzukaufen und zu verkaufen. *S* hätte zwar den Ankauf im Innenverhältnis mit der Gebrauchtwagenabteilung abstimmen und sich den Ankaufpreis genehmigen lassen müssen; dies ändere jedoch nichts an dem Rechtsverhältnis nach außen gegenüber *F*. *S* habe als rechtsgeschäftlicher Vertreter fungiert, sodass auch die dingliche Einigung wirksam zustande gekommen sei. Auch wenn man unterstelle, dass *S* im Innenverhältnis keine ausdrückliche Vertretungsmacht für den Ankauf des Pkw erteilt worden sei, könnten jedenfalls eine Anscheinsvollmacht und eine Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) angenommen werden.

Das Landgericht habe weiter außer Acht gelassen, dass der Ankaufvertrag im Nachgang vonseiten der Klägerin erfüllt worden sei. Allein die Tatsache, dass die Klägerin den Vorgang intern erst noch einmal habe nachvollziehen und prüfen müssen, bevor eine Auszahlung des Kaufpreises erfolgt sei, könne eine dem Vermögensschaden vergleichbare Vermögensgefährdung i. S. des § 263 StGB nicht rechtfertigen und begründen. Anderenfalls hätte man im Rechtsverkehr nur noch mit Betrugsfällen zu kämpfen, wenn beispielsweise Unstimmigkeiten bei der Auftragserteilung aufträten.

Auch für einen entsprechenden Vorsatz bestünden keinerlei Anhaltspunkte. Im Anschluss an das Gespräch mit *F* habe *S* den mündlich zugesagten Ankaufvertrag ausgefertigt, unterzeichnet und per E-Mail an *F* gesendet. Dies belege, dass jedenfalls in subjektiver Sicht keine Betrugsabsicht vorgelegen habe.

Selbst wenn ein Betrug vorliege, sei jedoch allenfalls *F* geschädigt, was zur Folge habe, dass das Rechtsgeschäft nicht insgesamt gegen ein gesetzliches Verbot i. S. von § 134 BGB verstoße. In einer Konstellation, in der nur einer der Vertragsparteien den Tatbestand des Betrugs verwirkliche, liege nach ganz herrschender Meinung kein Verstoß gegen § 134 BGB vor. Der „betrogene“ Vertragspartner selbst sei in einem solchen Fall – anders als ein dritter Geschädigter – in der Lage, das Verpflichtungsgeschäft sowie das Verfügungsgeschäft gemäß § 123 I Fall 1 BGB wegen arglistiger Täuschung anzufechten und so die Nichtigkeitsfolge herbeizuführen. Die Vorschrift des § 123 I Fall 1 BGB sei hier *lex specialis*.

Weder der Ankaufvertrag noch die dingliche Einigung verstießen somit gegen ein gesetzliches Verbot, und sie – die Klägerin – habe deshalb wirksam Eigentum erworben.

F habe die tatsächliche Sachherrschaft über das Fahrzeug mit Übergabe an *S* nicht auf diesen persönlich, sondern auf sie – die Klägerin – übertragen, wobei *S* als Besitzdiener fungiert habe. Mithin habe ein Besitzübergang auf sie – die Klägerin – stattgefunden. Ein entgegenstehender innerer Vorbehalt des *S* sei unbeachtlich.

Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: B. … Das Ergebnis des angefochtenen Urteils ist zutreffend, auch wenn ein Teil seiner Begründung nicht richtig ist. Der Klägerin steht weder aus § 985 BGB noch aus einer anderen Rechtsgrundlage ein Anspruch auf Herausgabe des streitgegenständlichen Kraftfahrzeugs zu.

I. Die Voraussetzungen des § 985 BGB liegen nicht vor. Zwar ist die Beklagte unstreitig Besitzerin des streitgegenständlichen Pkw. Die Klägerin hat jedoch zu keinem Zeitpunkt Besitz und damit auch kein Eigentum an diesem Fahrzeug erworben.

1. Ursprünglich war der Zeuge *F* Eigentümer des Kraftfahrzeugs. Er hat dieses Eigentum daran nicht gemäß § 929 Satz 1 BGB auf die Klägerin übertragen, auch wenn er dies Ende Juli 2014 beabsichtigte und deshalb den Pkw an *S* übergab.

a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts haben sich der Zeuge *F* und die Klägerin über den Eigentumsübergang gemäß § 929 Satz 1 BGB hinsichtlich des Fahrzeugs geeinigt. Eine diesbezügliche Willenserklärung hat *S* am 29.07.2014 mit Wirkung für und gegen die Klägerin gemäß §§ 164 ff. BGB abgegeben. *S* handelte als ihr Stellvertreter und mit Vollmacht. Die Einigung ist auch nicht wegen § 134 BGB unwirksam.

(1) Eine ausdrückliche Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang i. S. des § 929 Satz 1 BGB liegt nicht vor. *F* und *S* haben jedoch eine stillschweigende Einigung bei Abholung des Fahrzeugs getroffen. Der Zeuge *F* hat vor dem Hintergrund des mit *S* zuvor geführten Gesprächs über den Ankauf des Pkw und mit der Absicht, das Eigentum an dem Fahrzeug auf die Klägerin übertragen zu wollen, *S* den Pkw, den Fahrzeugschlüssel und die Fahrzeugpapiere übergeben. Dies hat der Zeuge *F* im Zuge seiner Einvernahme durch den Senat auf ausdrückliche Nachfrage bestätigt. *S* nahm das Fahrzeug entgegen.

(2) *S* hat die Willenserklärung auch im fremden Namen, nämlich im Namen der Klägerin, abgegeben. Der Wille, im fremden Namen zu handeln, kann sich aus einer ausdrücklichen Erklärung oder den Umständen ergeben. Unbeachtlich ist der innere unerklärt gebliebene Wille. Tritt der Vertreter nach außen im fremden Namen auf, will er aber in Wahrheit für sich selbst abschließen, wird allein der Vertretene berechtigt und verpflichtet (BGH, Urt. v. 04.07.1966 – VIII ZR 90/64, MDR 1966, 839 = juris Rn. 13; Palandt/*Ellenberger,* BGB, 75. Aufl. [2016], § 164 Rn. 1). Für die Abgrenzung zwischen Vertreter- und Eigengeschäft gelten die allgemeinen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB). Entscheidend ist, wie die Gegenpartei das Verhalten des Handelnden verstehen durfte (Palandt/*Ellenberger,* a. a. O., § 164 Rn. 4). Zu berücksichtigen sind alle Umstände, insbesondere früheres Verhalten, Zeit und Ort der Erklärung, die berufliche Stellung der Beteiligten, Art und Inhalt ihrer Werbung (BGH, Urt. v. 26.06.1980 – VII ZR 210/79, MDR 1980, 926 = juris Rn. 9). Bleiben Zweifel, ist gemäß § 164 II BGB ein Eigengeschäft anzunehmen.

Der Zeuge *F* hat sowohl vor dem Landgericht als auch vor dem Senat ausgesagt, dass sein Arbeitgeber einige Wochen vor dem Geschehen um den streitgegenständlichen Pkw einen Dienstwagen … bei der Klägerin gekauft bzw. geleast habe. Diesbezüglich habe er mit der Klägerin die Verhandlungen geführt. In diesem Zusammenhang habe er gefragt, ob es möglich sei, dass sein privater Pkw von dort angekauft werde. Sein Ansprechpartner sowohl für das Leasinggeschäft als auch später für den Verkauf des streitgegenständlichen Pkw sei *S* gewesen. *S* habe in der Folge an seinem Arbeitsplatz angerufen, da er den Pkw dort abholen wollte. Er sei mit einem Leihwagen dorthin gekommen, habe den Leihwagen übergeben und den streitgegenständlichen Pkw mitgenommen. Er – der Zeuge *F* – sei bei dem Übergabetermin davon ausgegangen, dass *S* in seiner Eigenschaft als Verkäufer der Klägerin auftrete. Als solchen … habe er ihn auch seiner *Office Managerin* vorgestellt.

Weiterhin hat *S* unter dem 29.07.2014 eine Übergabenotiz verfasst, in welcher er mit „*S*, Automobile *G*“ unterschrieb.

Aufgrund dieser Umstände durfte der Zeuge *F* davon ausgehen, dass *S* im Namen der Klägerin handelte. Er hatte im Zusammenhang mit den Leasing-Verhandlungen bezüglich des Firmenfahrzeugs bereits mit *S* als Mitarbeiter der Klägerin korrespondiert. In der Funktion als Mitarbeiter der Klägerin führte *S* mit dem Zeugen *F* auch die Gespräche über den streitgegenständlichen Pkw. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Zeuge *F* davon hätte ausgehen müssen, dass nunmehr ein Eigengeschäft des *S* vorlag. Er durfte sich insbesondere auf die Erklärung des *S* verlassen, wonach die Verträge im Nachgang fertiggestellt würden. Er brauchte deshalb nicht von einer Unregelmäßigkeit im Betriebsablauf ausgehen. Als gewichtiger Umstand tritt hinzu, dass *S* die Übergabenotiz sogar mit dem Zusatz „Automobile *G*“ unterschrieb. Auch aus der Sicht eines objektiven Dritten konnte daher nach allem davon ausgegangen werden, dass *S* als Vertreter für die Klägerin handelte. Auf einen etwaig anderen, inneren und unerklärt gebliebenen Willen des *S* kommt es hier also nicht an. *S* handelte im fremden Namen.

(3) Er handelte auch mit Vertretungsmacht. Diese Vertretungsmacht ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag des S mit der Klägerin und seinen in dieser Funktion bestehenden Kompetenzen.

Der Vorgesetzte des *S*, der Zeuge *X*, hat dazu bereits in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht ausgesagt, dass *S* als Verkaufsberater angestellt und für Gewerbekunden zuständig gewesen sei. In seiner Funktion habe er insbesondere für den Ver- und Ankauf von Fahrzeugen verantwortlich zeichnen müssen. Für ihn habe gegolten, dass der Ankauf bzw. die Inzahlungnahme bei Neuwagenverkäufen zum täglichen Geschäft gehörte. Die Verkaufsberater hätten jedoch insbesondere keine Kompetenz, Ankaufswerte zu Inzahlungnahmepreisen festzulegen. Dafür gebe es eine Gebrauchtwagenabteilung. S sei aber jedenfalls dazu befugt gewesen, das gebrauchte Fahrzeug entgegenzunehmen und einen Ankaufvertrag auszufertigen. Diese Ausführungen hat der Zeuge vor dem Senat noch einmal bestätigt.

Nach der Aussage des Zeugen *X* war *S* somit dazu befugt, das Fahrzeug entgegenzunehmen. An dieser Stelle ist irrelevant, welchen Weisungen der Mitarbeiter *S* nach den internen Regelungen der Klägerin bei der Preisbestimmung unterlag. Die Beschränkungen hinsichtlich der Preisbildung bei Durchführung des Ankaufgeschäfts, die der Zeuge *X* im Zuge seine Aussage ausgeführt hat, betreffen Pflichten des Mitarbeiters *S* im Innenverhältnis zur Klägerin und beziehen sich zudem auf das Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag). Sie betreffen also das rechtliche „Dürfen“ im Verhältnis zur Klägerin und nicht das „Können“ gegenüber dem Zeugen *F*. Vorliegend geht es um die Befugnisse des *S*, Verfügungsgeschäfte grundsätzlich mit Wirkung für die Klägerin abschließen zu können. Es geht hier also um die Frage, ob die Ermächtigung, das Fahrzeug entgegenzunehmen, auch die Kompetenz umfasst hat, sich über den Eigentumsübergang zu einigen. Diese Frage ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch den Senat zu bejahen.

Hinzu tritt der Umstand, dass im Falle vollmachtlosen Handelns sowohl das schuldrechtliche Grundgeschäft (Kaufvertrag) wie auch das dingliche Verfügungsgeschäft durch die Klägerin spätestens mit Auszahlung des von *S* mit dem Zeugen *F* vereinbarten Kaufpreises für den Pkw in Höhe von 10.000 € konkludent genehmigt worden ist (§§ 184 I, 185 II BGB). Damit wäre ein etwaig vollmachtloses Verfügungsgeschäft des *S* gemäß § 185 II 1 BGB rückwirkend – also mit Wirkung *ex tunc* wirksam geworden (vgl. Palandt/*Ellenberger*, a. a. O. § 185 Rn. 10).

(4) Die Einigung gemäß § 929 Satz 1 BGB zwischen dem Zeugen *F* und *S* ist auch nicht aufgrund eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB nichtig. Die entgegenstehende Auffassung des Landgerichts ist unrichtig.

Als Verbotsgesetz infrage kommen § 246 I StGB und § 263 I StGB.

Bei den Vorschriften des Strafrechts handelt es sich im Zweifel um Verbotsgesetze i. S. von § 134 BGB (Palandt/*Ellenberger*, a. a. O., § 134 Rn. 24; MünchKomm-BGB/*Armbrüster,* 7. Aufl. [2015], § 134 Rn. 51).

Bei Strafgesetzen muss grundsätzlich der objektive und subjektive Tatbestand des Strafgesetzes erfüllt sein, damit ein Verstoß nach § 134 BGB angenommen werden kann (Palandt/*Ellenberger*, a. a. O., § 134 Rn. 24). Mithin scheidet ein Verstoß gegen § 246 StGB (Unterschlagung zulasten der Klägerin) aus, da sich eine Unterschlagung im Zeitpunkt der Einigung zwischen *F* und *S* allenfalls im Vorbereitungsstadium befunden haben kann.

In der Einigung über den Eigentumsübergang zwischen dem Zeugen *F* und *S* als Vertreter der Klägerin könnte jedoch ein Betrug begründet sein. Das Landgericht hat angenommen, dass *S* einen Betrug gemäß § 263 I StGB gegenüber und zulasten des Zeugen *F* begangen habe, indem er als Mitarbeiter der Klägerin auftrat, jedoch subjektiv nicht als solcher handeln wollte.

Grundsätzlich erfordert die Nichtigkeit gemäß § 134 BGB, dass der Straftatbestand von allen Beteiligten objektiv und subjektiv erfüllt wird (BGH, Urt. v. 16.04.1996 – XI ZR 138/95, MDR 1996, 700 = juris Rn. 15; s. auch BGH, Urt. v. 17.06.2004 – III ZR 271/03, NJW-RR 2004, 1545 = juris Rn. 31 ff.). Verstößt hingegen nur ein Vertragsteil mit einem Vertrag gegen ein Verbotsgesetz, so ist zu unterscheiden: Nichtigkeit tritt allein dann ein, wenn der Verbotszweck nur so erreicht werden kann. Keine Nichtigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn das strafbare Verhalten des einen Teils für den anderen Teil die Möglichkeit eröffnet, sich einseitig vom Vertrag zu lösen; dies gilt insbesondere bei einer Anfechtbarkeit des Vertrags gemäß § 123 I Fall 1 BGB bei Betrug (MünchKomm-BGB/*Armbrüster,* a. a. O., § 134 Rn. 53; *Sack/Seibel,* in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2011, § 134 Rn. 15, 294; Palandt/*Ellenberger*, a. a. O., § 134 Rn. 9). Etwas anderes soll gelten, wenn zwei zum Nachteil eines Dritten einen Betrug vereinbaren (MünchKomm-BGB/*Armbrüster,* a. a. O., § 134 Rn. 53; *Sack/Seibel,* in: Staudinger, a. a. O., § 134 Rn. 15, 294).

Der oben dargestellte Grundsatz überzeugt den Senat insbesondere im Hinblick auf die Privatautonomie. So ist es den Parteien grundsätzlich im Rahmen des geltenden Rechts freigestellt, worüber und in welcher Form Verträge geschlossen werden (Palandt/*Ellenberger*, a. a. O., Überbl. v. § 104 Rn. 1). Verstoßen beide Parteien gegen ein gesetzliches Verbot, so ist für die Privatautonomie kein Raum, da beide Parteien nicht „im Rahmen der Rechtsordnung“ handeln. Verstößt hingegen nur eine Partei gegen ein solches Verbot und folgt daraus die Anfechtbarkeit des Vertrags, so sollte es bei dem Grundsatz der Privatautonomie bleiben und der „rechtstreue“ Vertragspartner sollte entscheiden können, ob er an dem Vertrag festhalten oder diesen anfechten und auf diesem Wege die Nichtigkeit herbeiführen möchte. Diese Entscheidung würde ihm abgenommen, wenn jeder Vertrag aufgrund einseitigen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot und gleichzeitig daraus folgender Anfechtbarkeit per se für gemäß § 134 BGB nichtig erklärt würde.

Im vorliegenden Fall lag nach den Feststellungen des Landgerichts ein einseitiger Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, nämlich gegen § 263 I StGB vor. Ob diese rechtliche Wertung zutreffend ist, braucht einer erneuten Prüfung nicht unterzogen zu werden, da jedenfalls bei dem durch das Landgericht zutreffend angenommenen einseitigen Verstoß keine Nichtigkeit der Einigung gemäß § 134 BGB angenommen werden kann. Dem Zeugen *F* stand unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Landgerichts jedenfalls ein Anfechtungsrecht gemäß § 123 I Fall 1 BGB zu. Der Zeuge *F* hat das Recht zur Anfechtung bislang nicht ausgeübt, und es ist mittlerweile nach § 124 BGB verjährt.

Die Einigung zwischen dem Zeugen *F* und der Klägerin nach § 929 Satz 1 BGB ist somit nicht in der Folge des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB nichtig.

b) Es fehlt jedoch an einer Übergabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs vom Zeugen *F* an die Klägerin i. S. von § 929 Satz 1 BGB.

Die Voraussetzungen dafür sind, dass der Veräußerer keinen Besitz behalten darf, der Erwerber Besitz erlangen muss und die Übergabe in Vollziehung der Übereignung erfolgt.

(1) Der Zeuge *F* hat tatsächlich keinen Besitz an dem streitgegenständlichen Pkw behalten. Zur Aufgabe des Besitzes genügt nicht der bloße Aufgabewille. Der Besitz kann nur durch eine vom Aufgabewillen getragene, äußerlich erkennbare Handlung aufgegeben werden (BGH, Urt. v. 10.01.1979 – VII-I ZR 302/77, NJW 1979, 714 = juris Rn. 9). Eine solche Handlung liegt vorliegend darin, dass der Zeuge *F* die Fahrzeugpapiere, einen Schlüssel und den Pkw an *S* herausgab.

Der Zeuge *F* hat auch keinen Besitz an dem Pkw dadurch behalten, dass er einen Zweitschlüssel für den streitgegenständliche Pkw einbehielt. Zwar begründet das Einbehalten eines Zweitschlüssels für einen Kfz regelmäßig Mitbesitz (OLG Schleswig, Urt. v. 22.05.2012 – 3 U 69/11, juris Rn. 43; BGH, Urt. v. 10.01.1979 – VIII ZR 302/77, NJW 1979, 714 = juris Rn. 11 [Einbehalten eines Zweitschlüssels zu einer Wohnung]). Dies kann jedoch anders sein, wenn eine grundsätzliche Mitbenutzungsabsicht seitens des Veräußerers fehlt (OLG Schleswig, Urt. v. 22.05.2012 – 3 U 69/11, juris Rn. 43). Der Zeuge *F* hat in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 29.12.2015 erläutert, dass der Schlüssel zum Zeitpunkt der Übergabe nicht auffindbar gewesen sei und er ihn deshalb nicht übergeben habe. Er habe den Zweitschlüssel nicht bewusst zurückgehalten. Eine Sicherheit, bis der zugesagte Kaufpreis gezahlt worden sei, sei nicht vereinbart worden. Nach Auffinden des Zweitschlüssels einige Zeit später habe er vergeblich versucht, *S* telefonisch zu erreichen, um ihm den Schlüssel zukommen zu lassen. Im darauffolgenden Gespräch mit dem Zeugen *X* habe ihn dieser angewiesen, den Zweitschlüssel bis auf Weiteres zu verwahren.

Die Aussage hat der Zeuge vor dem Senat noch einmal bestätigt. Aus ihr kann gefolgert werden, dass der Zeuge *F* den zweiten Schlüssel nicht behielt, um auf diese Weise Zugriff auf den Pkw zu behalten. Er hatte keine Mitbenutzungsabsicht. Vielmehr war ihm daran gelegen den Zweitschlüssel, den er selbst zunächst nicht auffinden konnte, der Klägerin zukommen zu lassen. Bei der Übergabe des Fahrzeuges an *S* wollte der Zeuge *F* mithin seinen Besitz daran vollständig aufgeben, obwohl er noch einen Zweitschlüssel besaß.

(2) Die Klägerin hat jedoch keinen Besitz an dem Fahrzeug erlangt.

Am 29.07.2014 nahm nicht der Geschäftsführer der Klägerin, sondern *S* die Fahrzeugpapiere, den Schlüssel und den Pkw entgegen. Bei *S* handelte es sich im Zeitpunkt der Übergabe nicht um einen Besitzdiener der Klägerin gemäß § 855 BGB.

Für die Besitzdienerschaft erforderlich ist ein nach außen erkennbares, privat- oder öffentlich-rechtliches Verhältnis, kraft dessen jemand (Besitzherr) die tatsächliche Gewalt über eine bewegliche oder unbewegliche Sache durch einen anderen als sein Werkzeug (Besitzdiener) ausübt, weil der Besitzdiener ihm derart untergeordnet ist, dass er die Weisungen des Besitzherrn schlechthin zu befolgen hat und der Besitzherr jederzeit selbst über die Sache bestimmen kann (OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 19.04.2012 – 11 U 15/11, juris Rn. 46 m. w. Nachw.). Arbeitnehmer gelten grundsätzlich als Besitzdiener des Arbeitsgebers, und zwar auch dann, wenn sie innerhalb ihres Arbeitsverhältnisses als leitende Angestellte/Beamte eine größere Unabhängigkeit genießen (OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 19.04.2012 – 11 U 15/11, juris Rn. 46).

Zum Zeitpunkt der Übergabe war *S* zwar Angestellter der Klägerin. Er war somit grundsätzlich als Besitzdiener anzusehen. Bei der Übergabe des Pkw ist *S* auch nach außen als Vertreter der Klägerin in seiner Funktion als deren Mitarbeiter aufgetreten (s. oben). Die Entgegennahme des Pkw war – so der Zeuge *X* – auch vom Aufgabenbereich seines ehemaligen Mitarbeiters *S* umfasst. Er unterlag dabei den Weisungen seiner Geschäftsherrin, der Klägerin.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat aufgrund der Aussage des Zeugen *X* zu der Überzeugung gelangt, dass *S* von vornherein den Pkw nicht für die Klägerin als ihr Besitzdiener in Besitz nehmen wollte. Er mag dem Zeugen *F* – insbesondere aufgrund seines damaligen Angestelltenverhältnisses zur Klägerin – diesen Eindruck vermittelt haben. Dies geschah aber ausschließlich zu dem Zweck, den Zeugen zu täuschen. In Wirklichkeit hatte *S* nicht vor, das Fahrzeug für seine Arbeitgeberin in Besitz zu nehmen und bei ihr abzuliefern. Das Fahrzeug ist nach Aktenlage auch zu keinem Zeitpunkt dort aufgetaucht, um es etwa entsprechend der internen Vorschriften der Gebrauchtwagenabteilung im Hause der Klägerin vorzuführen. Ebenso wenig wurden im Hause der Klägerin die Schlüssel und Papiere an der dafür vorgesehenen Stelle deponiert, wie es nach ihren internen Anweisungen hätte geschehen müssen. Der Zeuge *X* hat nach seiner Schilderung vor dem Senat auch keinerlei Unterlagen über das von *S* mit dem Zeugen *S* avisierte Ankaufgeschäft vorgefunden. Sämtliche Unterlagen musste sich der Zeuge *X* von dem Zeugen *F* erst beschaffen. Das Fahrzeug wie das unter dem Namen der Klägerin getätigte Ankaufsgeschäft blieben aufseiten der Klägerin zunächst gänzlich unbekannt. Aus diesen zum Teil unstreitigen und zum Teil durch die Beweisaufnahme herausgearbeiteten Umständen zieht der Senat den Schluss, dass *S* bereits im Zeitpunkt der Übernahme des Pkw am 29.07.2014 nicht für die Klägerin besitzen wollte, sondern ausschließlich für sich selbst. Insoweit etwaig verbleibende Zweifel gehen zulasten der Klägerin, welche die tatsächlichen Voraussetzungen des Eigentumserwerbs zu beweisen hat (vgl. MünchKomm-BGB/*Oechsler,* 6. Aufl. [2013], § 929 Rn. 87).

Der Senat verkennt in diesem Zusammenhang nicht, dass die Ausübung der tatsächlichen Gewalt für den Besitzherrn rein sachlich zu verstehen ist (vgl. Palandt/*Bassenge,* 71. Aufl. [2012], § 855 Rn. 3). Ein abweichender Wille des Besitzdieners ist grundsätzlich unbeachtlich, wenn er nur tatsächlich aufgrund des Besitzdienerverhältnisses die tatsächliche Gewalt anstelle des und für den Besitzherrn ausübt (vgl. BGH, Urt. v. 27.11.1952 – IV ZR 178/52, BGHZ 8, 130 = juris Rn. 11; Palandt/*Bassenge,* a. a. O., § 855 Rn. 5). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn ein abweichender Wille nach außen manifestiert wurde (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 19.04.2012 – 11 U 15/11, juris Rn. 50).

Im vorliegenden Fall ist der Wille des *S*, nicht für die Klägerin als seine Arbeitgeberin besitzen zu wollen, nach außen zum Ausdruck gekommen. Anders als in dem vom BGH (Urt. v. 27.11.1952 – IV ZR 178/52, BGHZ 8, 130) entschiedenen Fall der Platzanweiserin im Kino, die den Saal auf verlorene Gegenstände zu durchsuchen und die Fundsachen bei der Geschäftsleitung abzugeben hatte und dies auch weisungsgemäß trotz des Vorbehalts ihrer „Finderrechte“ tat, hielt sich *S* an keine einzige der ihm von der Klägerin für den Fall der Übernahme eines Fahrzeugs gegebenen Weisungen. Der Zeuge *X*, sein damaliger Vorgesetzter, fasste den Vorfall vor dem Senat dahin gehend zusammen, dass sich *S* von Anfang an über alle Vorgaben hinwegsetzte, die für den Ankauf eines Fahrzeuges im Hause der Klägerin galten. Nicht durch seinen (inneren) Eigenerwerbswillen, jedoch durch sein (äußeres) weisungswidriges Verhalten, was zwar nicht vom Zeugen *F*, aber sehr wohl vom Zeugen *X* als seinem Vorgesetzten ohne Weiteres erkannt worden wäre, verhinderte *S* daher einen Besitzerwerb für die Klägerin (vgl. Staudinger/*Gutzeit,* BGB, Neubearb. 2012, § 855 Rn. 23). Die Klägerin erlangte bei Übergabe des Pkw an *S* noch nicht einmal für einen Augenblick – die sogenannte „juristische Sekunde“ – die tatsächliche Herrschaftsgewalt über das Fahrzeug. Mithin erwarb sie i. S. von § 929 Satz 1 BGB kein Eigentum daran.

c) Die Klägerin ist auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt Eigentümerin des Kraftfahrzeugs geworden. Dies geschah insbesondere nicht durch eine konkludente Einigung über den Eigentumsübergang mit dem Zeugen *F* durch Überweisung der 10.000 €. Zu diesem Zeitpunkt war der Zeuge *F* nicht mehr in der Lage, der Klägerin den Besitz an dem Fahrzeug zu verschaffen.

d) Eigentum an dem Fahrzeug erwarb vielmehr die Beklagte am 08.10.2014 in Vollziehung des Kaufvertrags mit der Firma *J* durch Einigung und Übergabe i. S. von § 929 Satz 1 BGB. Die Beklagte erwarb dabei das Eigentum an dem Pkw gemäß § 932 I 1, II BGB gutgläubig. Die Firma *J* vermochte ihr das Eigentum an dem Kraftfahrzeug nämlich nicht nach § 929 Satz 1 BGB zu übertragen. Eigentümer des Pkw war zu diesem Zeitpunkt mangels gutgläubigen Erwerbs durch die Firma *J* immer noch der Zeuge *F*. Aufgrund der fehlenden Zwischeneintragung des *S* in der Zulassungsbescheinigung Teil II waren erhebliche Verdachtsmomente gegeben, die die Firma *J* zu einer Überprüfung der Eigentümerstellung des Veräußerers hätten veranlassen müssen (vgl. BGH, Urt. v. 11.03.1991 – II ZR 88/90, NJW 1991, 1415 = juris Rn. 17; Palandt/*Bassenge,* a. a. O., § 932 Rn. 13). Eine solche Überprüfung unterließ die Firma *J* offensichtlich. Demgegenüber durfte die Beklagte, weil sie von einer Fahrzeughändlerin erwarb, von der Berechtigung der Firma *J* ausgehen, obwohl eine Zwischeneintragung der Händlerin nicht stattgefunden hatte. Dies ist im Gebrauchtwagenhandel einer gewerblich tätigen Automobilverkäuferin nicht üblich. Vielmehr werden diese Zwischeneintragungen vermieden. Da der Pkw seinem ursprünglichen Eigentümer, dem Zeugen *F*, auch nicht i. S. von § 935 I BGB abhandengekommen war, erwarb die Beklagte gutgläubig Eigentum an dem Fahrzeug. Die weiteren Einzelheiten zum Eigentumserwerb der Beklagten brauchen an dieser Stelle nicht weiter vertieft zu werden.

II. Herausgabeansprüche der Klägerin gegen die Beklagte aus Besitz, wie etwa aus § 1007 I und II BGB sowie aus § 861 BGB, kommen ebenfalls nicht in Betracht. Die Klägerin hatte – wie unter I dargelegt – zu keinem Zeitpunkt Besitz an dem herausverlangten Fahrzeug.

III. Schließlich hat die Klägerin auch nicht die Voraussetzungen für einen Herausgabeanspruch aus § 812 I 1 BGB oder § 816 BGB dargetan. Die Beklagte hat das Fahrzeug weder ohne rechtlichen Grund i. S. des § 812 I 1 BGB erlangt noch auf Kosten der Klägerin. Der Klägerin hat es nie gehört und sie hat auch zu keinem Zeitpunkt daran Besitz gehabt. Aus dem gleichen Grund ist die Klägerin auch nicht Berechtigte i. S. des § 816 BGB. ...

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.