

## Der Besitz bei Gefälligkeiten

Wiss. Mitarbeiterin Marie-Luisa Hülsmann, Bielefeld\*

*Ob Nachbarn mit Werkzeug aushelfen oder Freunde uns beim Umzug unterstützen – im täglichen Leben begegnen uns zahlreiche Gefälligkeiten, die besitzrechtliche Fragen aufwerfen. Wer ist Besitzer des Werkzeugs, wer Besitzer der Umzugskisten?*

*Bloße Gefälligkeiten können – anders als Gefälligkeitsverträge wie die Leihe (§ 598 BGB), die Verwahrung (§ 688 BGB) oder der Auftrag (§ 662 BGB) – nach einhelliger Auffassung kein Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868 BGB begründen. Ein solches kann nur auf einem Rechtsgeschäft, dem Gesetz oder einem staatlichen Hoheitsakt beruhen.<sup>1</sup> Während bei Gefälligkeitsverträgen eine vertragliche Einigung vorliegt, fehlt bei bloßen Gefälligkeiten ein Rechtsbindungswille.<sup>2</sup> Bei der Abgrenzung ist maßgeblich, ob der Leistungsempfänger aus dem Handeln des Leistenden unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen Rechtsbindungswillen schließen musste. Dies ist anhand verschiedener Kriterien im Einzelfall zu bestimmen. Zu berücksichtigen sind die Art der Gefälligkeit, ihr Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung, die Umstände, unter denen sie erwiesen wird und die dabei bestehende Interessenlage der Parteien.<sup>3</sup> Dabei gilt: Je enger die persönliche Beziehung, desto eher liegt eine bloße Gefälligkeit vor.<sup>4</sup>*

*Wer bei einer bloßen Gefälligkeit Besitzer der Sache ist, richtet sich nach § 854 Abs. 1 BGB und § 855 BGB. Dieser Beitrag widmet sich insbesondere der Frage, ob ein Gefälligkeitsverhältnis ein ähnliches Verhältnis i.S.d. § 855 BGB sein kann. In diesem Zusammenhang wird außerdem dargestellt, für welche Fallgestaltungen eine analoge Anwendung des § 855 BGB in Betracht kommt. Anschließend werden die mit der engen Auslegung des § 855 BGB einhergehenden Auswirkungen auf die Haftung des Gefälligen und des Begünstigten beschrieben.*

<b>I. Besitzverhältnisse bei Gefälligkeiten</b> .....	<b>400</b>
1. Anwendbarkeit des § 855 BGB .....	400
a) Anforderungen an das in § 855 BGB beschriebene Weisungsverhältnis .....	400
aa) Grundlage des Weisungsverhältnisses .....	400
bb) Intensität des Weisungsverhältnisses .....	401
cc) Zwischenergebnis .....	403
b) Analoge Anwendbarkeit des § 855 BGB .....	403
c) Besitzerwerb gem. § 854 Abs. 1 BGB .....	403
2. Besonderheiten flüchtiger Gefälligkeitsverhältnisse .....	404

\* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht und Methodenlehre (Prof. Dr. Sudabeh Kamanabrou), Universität Bielefeld.

<sup>1</sup> Schulte-Nölke, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl. 2021, § 868 Rn. 3.

<sup>2</sup> Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, § 17 Rn. 19.

<sup>3</sup> BGH NJW 1956, 1313 f.

<sup>4</sup> Bachmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 242.

3. Zusammenfassung .....	405
<b>II. Auswirkungen der Besitzverhältnisse auf die Haftung im Gefälligkeitsverhältnis .....</b>	<b>405</b>
1. Haftung des besitzlosen Gefälligen .....	406
2. Auswirkungen eines Besitzerwerbs auf die Haftung .....	406
3. Zusammenfassung .....	408

## I. Besitzverhältnisse bei Gefälligkeiten

Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, erwirbt gem. § 854 Abs. 1 BGB Besitz an dieser Sache. Ob sich § 855 BGB für bloße Gefälligkeiten eine davon abweichende Rechtsfolge entnehmen lässt, wird nicht einheitlich beantwortet. Der BGH und ein Teil der Literatur fordern für die Anwendbarkeit des § 855 BGB ein Rechtsverhältnis und eine soziale Abhängigkeit des Besitzdieners vom Besitzherrn.<sup>5</sup> Nach dieser Auffassung ist § 855 BGB nicht anwendbar, wenn bloß eine Gefälligkeit besteht. Die überwiegende Auffassung in der Literatur setzt dagegen weder ein Rechtsverhältnis noch eine soziale Abhängigkeit voraus.<sup>6</sup> Der Tatbestand des § 855 BGB könne auch bei einer tatsächlichen Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit erfüllt sein. Dabei sind sich die Stimmen in der Literatur allerdings nicht einig, ob eine weite Auslegung des § 855 BGB möglich oder eine analoge Anwendung des § 855 BGB erforderlich ist. Nachfolgend wird durch Auslegung untersucht, ob § 855 BGB (analog) auf Gefälligkeitsverhältnisse anwendbar ist.

### 1. Anwendbarkeit des § 855 BGB

#### a) Anforderungen an das in § 855 BGB beschriebene Weisungsverhältnis

Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist gem. § 855 BGB nur der andere Besitzer. Das in § 855 BGB beschriebene Weisungsverhältnis ist durch Auslegung zu konkretisieren.<sup>7</sup> Dabei ist zu klären, ob das Weisungsverhältnis seine Grundlage in einem Rechtsverhältnis finden muss und welche Intensität das Weisungsverhältnis aufweisen muss.

#### aa) Grundlage des Weisungsverhältnisses

Die überwiegende Auffassung in der Literatur legt § 855 BGB weit aus: Erforderlich sei ein tatsächliches Weisungsverhältnis im Rahmen eines Subordinationsverhältnisses.<sup>8</sup> Dieses weite Verständnis

<sup>5</sup> BGH NJW 2020, 3711 (3713); BGH NJW-RR 2017, 818 (819); Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 855 Rn. 1; Staudinger/Tröster, DAR 2021, 8 (10); Wellenhofer, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 4 Rn. 29.

<sup>6</sup> Elzer, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 855 Rn. 3; Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 16; Götz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2022, § 855 Rn. 21; Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2018, § 855 Rn. 6, 30; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 7; Hoeren, in: Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2022, § 855 Rn. 5; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 13; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 20.

<sup>7</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 4.

<sup>8</sup> Elzer, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 855 Rn. 3; Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 16; Götz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2022, § 855 Rn. 21; Hoeren, in: Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2022, § 855 Rn. 5; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 7; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 20.

überzeugt mit Blick auf den Wortlaut und die Gesetzgebungsgeschichte nicht. Die Beispiele Haushalt und Erwerbsgeschäft in § 855 BGB deuten darauf hin, dass das Weisungsverhältnis auf einem Rechtsverhältnis beruhen muss.<sup>9</sup> Dies ergibt sich auch aus den Protokollen zur zweiten Lesung des BGB: Es bedürfe immer eines besonderen rechtlichen Umstands, um den Besitz des einen auf einen anderen zu beziehen.<sup>10</sup> Dieses Rechtsverhältnis werde in § 797a BGB – dem heutigen § 855 BGB – beschrieben.

Zwischen dem Gefälligen und dem Begünstigten kann zwar ein Weisungsverhältnis bestehen. Dieses beruht aber nicht auf einem Rechtsverhältnis. § 855 BGB ist auf Gefälligkeiten nicht unmittelbar anwendbar.

### bb) Intensität des Weisungsverhältnisses

Da die überwiegende Auffassung in der Literatur kein Rechtsverhältnis verlangt, wird nachfolgend außerdem zu der Frage Stellung genommen, ob ein hinreichendes Weisungsverhältnis nur bei einer sozialen Abhängigkeit des Besitzdieners vom Besitzherrn oder auch bei einer Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit besteht.

Die Stimmen, die ein soziales Abhängigkeitsverhältnis voraussetzen, knüpfen bei der Auslegung an die in § 855 BGB genannten Beispiele an: Wer in einem Haushalt oder Erwerbsgeschäft tätig wird, stehe in der sozialen Hierarchie niedriger als der Besitzherr. Daraus wird für das ähnliche Verhältnis i.S.d. § 855 BGB abgeleitet, dass die tatsächliche Sachherrschaft im Rahmen eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses ausgeübt werden muss, das dem Besitzherrn zumindest faktisch die Möglichkeit gibt, seinen Willen gegenüber dem Besitzdiener durchzusetzen.<sup>11</sup> Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, wenn die tatsächliche Sachherrschaft im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses ausgeübt wird.

Unter Berücksichtigung des Normzwecks ist eine derart restriktive Auslegung des § 855 BGB nicht zwingend.<sup>12</sup> § 855 BGB enthält eine Ausnahme von dem in § 854 Abs. 1 BGB geregelten Grundsatz, dass der Inhaber der tatsächlichen Gewalt Besitzer der Sache ist.<sup>13</sup> Auf diese Weise wird dem Bedürfnis Rechnung getragen, sich bei der Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft Hilfspersonen zu bedienen.<sup>14</sup> Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache im Rahmen eines Weisungsverhältnisses derart für einen anderen aus, dass die Ausübung der Gewalt als von dem Willen des anderen abhängig erscheint, ist es nicht sachgerecht, wenn er gegenüber dem anderen Besitzschutzrechte geltend machen kann oder mit aus dem Besitz folgenden Pflichten – wie sie z.B. § 836 BGB vorsieht – belastet wird.<sup>15</sup> Vor diesem Hintergrund sind zwar strenge Anforderungen an das Weisungsverhältnis zu stellen, eine soziale Abhängigkeit ist aber nicht erforderlich.<sup>16</sup> Ausgehend von dem Normzweck des § 855 BGB muss das Weisungsverhältnis dergestalt sein, dass dem jederzeitigen Zugriff des

<sup>9</sup> BGH NJW 2020, 3711 (3713).

<sup>10</sup> *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, 1899, S. 505.

<sup>11</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (819); BGH NJW 2020, 3711 (3713); *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 855 Rn. 1; *Gutzeit*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2018, § 855 Rn. 6; *Staudinger/Tröster*, DAR 2021, 8 (10); *Wellenhofer*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 4 Rn. 29; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 4.; a.A. *Götz*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2022, § 855 Rn. 12, da in den Beispielen des § 855 BGB nicht zwingend eine soziale Abhängigkeit bestehe.

<sup>12</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 9; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 5.

<sup>13</sup> BGH NJW 2020, 3711 (3713); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 61 ff.; *Götz*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2022, § 855 Rn. 1, 4. A.A. *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 19, § 855 stelle bloß klar, dass die Sachherrschaft auch durch eine andere Person ausgeübt werden kann.

<sup>14</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 1; *Wellenhofer*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 4 Rn. 28.

<sup>15</sup> *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 61 f.; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 1.

<sup>16</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 9.

Besitzherrn auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen.<sup>17</sup> Dies ist anzunehmen, wenn die Befolgung jeder Weisung in Bezug auf die Sache erwartet werden kann.<sup>18</sup> Das Kriterium des jederzeitigen Zugriffs auf die Sache kann auch erfüllt sein, wenn eine räumliche Entfernung besteht.<sup>19</sup>

Ein Weisungsverhältnis, kraft dessen der Besitzherr jederzeit auf die Sache zugreifen kann, ist bei einer bloßen Gefälligkeit nicht zu erwarten. Daher wurden die Anforderungen an das Weisungsverhältnis für Gefälligkeiten modifiziert: Ein ähnliches Verhältnis i.S.d. § 855 BGB sei auch gegeben, wenn sich der Besitztener aus Gefälligkeit der Weisungsbefugnis des Besitzherrn unterstellt und der Besitzherr aufgrund dieses Weisungsverhältnisses jederzeit auf die Sache zugreifen kann.<sup>20</sup>

Senkt man die Anforderungen an das Weisungsverhältnis derart ab, wird der Tatbestand des § 855 BGB für Gefälligkeiten in einer Weise ausgedehnt, die für Rechtsverhältnisse nicht vorgesehen ist. Würde eine tatsächliche Weisungsunterwerfung auch bei Rechtsverhältnissen genügen, würden sich die Tatbestände von § 855 BGB und § 868 BGB teilweise überschneiden. Dies ist aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen von § 855 BGB und § 868 BGB zu vermeiden. Um zu zeigen, dass das Weisungsverhältnis, das durch eine tatsächliche Weisungsunterwerfung begründet wird, nicht über das Weisungsverhältnis hinausgeht, das typischerweise i.R.v. § 868 BGB besteht, ist zwischen den Konstellationen der Übernahme und der Überlassung einer Sache aus Gefälligkeit zu differenzieren. Übernimmt jemand aus Gefälligkeit die tatsächliche Gewalt über eine Sache, ist nicht zu erwarten, dass er darüber hinaus jede Weisung in Bezug auf die Sache befolgt. Kann der Begünstigte nur auf die Sache zugreifen, weil der Gefällige ihn als Eigentümer anerkennt, besteht kein hinreichendes Weisungsverhältnis für eine Besitzteneerschaft.

*Beispiel 1:* B darf die Winterreifen seines Autos in der Garage seiner Schwester S lagern. Dass S jede Weisung des B in Bezug auf die Autoreifen befolgt, ist nicht zu erwarten. Das aufgrund der tatsächlichen Weisungsunterwerfung der S bestehende Weisungsverhältnis unterscheidet sich nicht von dem Weisungsverhältnis, das typischerweise bei einer unentgeltlichen Verwahrung besteht.

Insbesondere bei der Überlassung einer Sache aus Gefälligkeit ist eine tatsächliche Weisungsunterwerfung des Begünstigten zu erwarten. Das dadurch begründete Weisungsverhältnis ist jedoch mit dem Weisungsverhältnis vergleichbar, das bei einer Leihe besteht.

*Beispiel 2:* S möchte während ihrer Afrikareise eine Safari unternehmen. Ihr Bruder B überlässt ihr für diese Reise sein Fernglas. Die tatsächliche Gewalt über das Fernglas übt S während der Reise ebenso selbstständig aus wie eine Entleiherin.

Lässt man die tatsächliche Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit für eine Besitzteneerschaft genügen, ist dies eine nicht mehr vom Normzweck gedeckte Ausdehnung des Tatbestands von § 855 BGB. Zudem ist eine derart weite Auslegung des § 855 BGB nicht mit § 868 BGB vereinbar.

<sup>17</sup> Hoeren, in: Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2022, § 855 Rn. 6; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 5.

<sup>18</sup> Hoeren, in: Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2022, § 855 Rn. 6.

<sup>19</sup> Götz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2022, § 855 Rn. 14, 19.

<sup>20</sup> OLG Nürnberg, Urt. v. 2.6.1989 – 8 U 2161/88; OLG Stuttgart, Beschl. v. 12.2.2009 – 10 U 3/09; Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 16.

### cc) Zwischenergebnis

Das in § 855 BGB beschriebene Weisungsverhältnis muss seine Grundlage in einem Rechtsverhältnis finden. Darüber hinaus muss das Weisungsverhältnis dergestalt sein, dass der Besitztter jederzeit auf die Sache zugreifen kann. Eine tatsächliche Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit genügt diesen beiden Anforderungen nicht. Daher kann eine bloße Gefälligkeit kein ähnliches Verhältnis i.S.d. § 855 BGB sein.

### b) Analoge Anwendbarkeit des § 855 BGB

Ob § 855 BGB auf Gefälligkeitsverhältnisse analog anwendbar ist, hat der BGH in einer Entscheidung offengelassen.<sup>21</sup> Dabei steht einer analogen Anwendung nicht entgegen, dass § 855 BGB eine Ausnahmeregelung zu § 854 Abs. 1 BGB enthält, denn in den Grenzen des Grundgedankens einer Ausnahmeregelung können die Voraussetzungen für eine Analogie gegeben sein.<sup>22</sup> Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht, die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 855 BGB seien gegeben.<sup>23</sup> Die Analogie führe zu sachgerechten Ergebnissen, da sie dem Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft trotz fehlender eigener Besitzposition die Rechte des § 860 BGB verschaffe.<sup>24</sup> Außerdem sei bei einer tatsächlichen Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit ohne Weiteres zu erwarten, dass der Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft die Weisungen des anderen aus Loyalität befolgen wird.

Da der Tatbestand des § 855 BGB mit dem ähnlichen Verhältnis bereits eine Erweiterung enthält, sind der Analogiebildung Grenzen gesetzt.<sup>25</sup> Erforderlich ist eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage.<sup>26</sup> Eine Analogie zu § 855 BGB kommt nur in Betracht, wenn zwar kein ähnliches Verhältnis im Sinne der Vorschrift, aber ein den genannten Beispielen doch so ähnliches Verhältnis vorliegt, dass eine vergleichbare Interessenlage besteht. Dies ist denkbar, wenn ein hinreichendes Weisungsverhältnis nicht auf einem Rechtsverhältnis, sondern auf einem tatsächlichen Verhältnis beruht. Allerdings begründet eine tatsächliche Weisungsunterwerfung selbst dann kein hinreichendes Weisungsverhältnis, wenn zu erwarten ist, dass die Weisungen in Bezug auf die Sache aus Loyalität befolgt werden. Die Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit schließt eine selbstständige Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft nicht aus. Die Interessenlage ist mit der i.R.v. § 855 BGB bestehenden Interessenlage nicht vergleichbar.

### c) Besitzerwerb gem. § 854 Abs. 1 BGB

Ein Gefälligkeitsverhältnis ist weder ein ähnliches Verhältnis i.S.d. § 855 BGB noch liegen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 855 BGB vor. Die Besitzverhältnisse sind bei bloßen Gefälligkeiten ausschließlich anhand des § 854 Abs. 1 BGB zu bestimmen: Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, ist Besitzer dieser Sache.

Erwirbt ein aus Gefälligkeit handelnder Dritter gem. § 854 Abs. 1 BGB Besitz an der Sache, kann dies für eine Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB genügen. Steht der Dritte in einem Gefälligkeitsverhältnis

---

<sup>21</sup> BGH NJW 2020, 3711 (3713).

<sup>22</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 585; Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 108; Würdinger, JuS 2008, 949.

<sup>23</sup> Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, § 855 Rn. 6, 30; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 13.

<sup>24</sup> Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 13.

<sup>25</sup> In diese Richtung auch BGH NJW 2020, 3711 (3713).

<sup>26</sup> Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 110 f.

zum Erwerber, erwirbt dieser zwar weder unmittelbaren (§ 855 BGB) noch mittelbaren Besitz (§ 868 BGB) an der Sache. Er erhält aber eine besitzähnliche Bestimmungsmacht, wenn der Veräußerer die Sache auf sein Geheiß einem Dritten aushändigt.<sup>27</sup> Bedient sich der Erwerber bei der Übergabe der Hilfe einer Geheißperson, genügt dies nach der überwiegenden Auffassung den Anforderungen des § 929 S. 1 BGB.<sup>28</sup>

*Beispiel 3:* S erwirbt ein Fahrrad von E. Da sie es nicht selbst bei E abholen kann, übernimmt dies ihr Bruder B. Die Abholung durch B auf Weisung der S genügt für eine Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB.

Auch der Veräußerer kann sich bei der Übergabe der Hilfe eines Gefälligen bedienen. Es genügt, wenn der Gefällige dem Erwerber die Sache auf Geheiß des Veräußerers übergibt.

*Beispiel 4:* B überlässt seiner Schwester S für die Zeit ihres Studiums sein altes Fahrrad. Nachdem B sein Fahrrad veräußert hat, bittet er S, das Fahrrad bei Erwerber E abzuliefern. Verschafft S dem E unmittelbaren Besitz am Fahrrad, genügt dies für eine Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB.

## 2. Besonderheiten flüchtiger Gefälligkeitsverhältnisse

Erschöpft sich eine Gefälligkeit in der ganz kurzfristigen Überlassung der tatsächlichen Sachherrschaft, besteht hinsichtlich der Besitzverhältnisse weitgehend Einigkeit: Ist die tatsächliche Sachherrschaft nach den Umständen nur eine ganz flüchtige, genügt dies nicht für einen Besitzerwerb.

*Beispiel 5:* Die Freunde A und B unternehmen eine Safari. A überlässt B kurz sein Fernglas, damit dieser eine Elefantenherde beobachten kann. A bleibt unmittelbarer Besitzer des Fernglases.

*Beispiel 6:* A zieht um. Seine Freunde B und C tragen einige Kisten zum Umzugswagen. A bleibt unmittelbarer Besitzer der Umzugskisten.

Wie dieses Ergebnis vor dem Hintergrund des § 854 Abs. 1 BGB zu begründen ist, ist dagegen umstritten. Ein Teil der Literatur knüpft an die fehlende Dauerhaftigkeit des Besitzes an.<sup>29</sup> Für den Erwerb des unmittelbaren Besitzes sei – im Umkehrschluss zu § 856 Abs. 2 BGB – eine Herrschaftsbeziehung erforderlich, die auf eine gewisse Dauer angelegt ist.<sup>30</sup> Die von vornherein nur als ganz vorübergehend geplante Sachherrschaft genüge nicht für einen Besitzerwerb.

Da keine klaren Kriterien bestehen, nach denen der erforderliche Zeitraum zu bestimmen ist, stellen einige Stimmen in der Literatur zu Recht nicht auf die fehlende Dauerhaftigkeit, sondern auf die

<sup>27</sup> Schulte-Nölke, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl. 2021, § 929 Rn. 22.

<sup>28</sup> BGH NJW 1973, 141 (142); Meller-Hannich, in: Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2022, § 929 Rn. 58; Schulte-Nölke, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl. 2021, § 929 Rn. 10, 20 ff. Die Anerkennung dieser Konstruktion außerhalb von Veräußerungsketten kritisiert Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 929 Rn. 14 ff., da der Erwerber keinen Besitz erlangt.

<sup>29</sup> Lüke, Sachenrecht, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 55; Magnus, NJW 2017, 1201 (1204).

<sup>30</sup> Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 7; Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 854 Rn. 2; Elzer, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 854 Rn. 11; Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, § 854 Rn. 10. Sehr geringe Anforderungen an die Dauerhaftigkeit stellt Wellenhofer, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 4 Rn. 8, die eine nicht nur Sekunden andauernde Mindestdauer voraussetzt.

Verkehrsanschauung ab.<sup>31</sup> Auch eine als ganz kurzfristig gedachte Sachherrschaft kann nach dieser Auffassung für einen Besitzerwerb genügen. Bleibt die Einwirkungsmöglichkeit nach der Verkehrsanschauung allerdings eine von dem anderen abhängige, genügt die kurzfristige Sachherrschaft nicht für einen Besitzerwerb. Mit der bei flüchtigen Gefälligkeitsverhältnissen regelmäßig bestehenden räumlichen Nähe geht eine Einwirkungsmöglichkeit des anderen einher, die einen Besitzerwerb ausschließt.<sup>32</sup>

Davon abweichend wird vereinzelt nicht zwischen flüchtigen und auf eine gewisse Dauer angelegten Gefälligkeitsverhältnissen differenziert. Bei einer tatsächlichen Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit sei § 855 BGB anwendbar.<sup>33</sup> Die dargestellten Argumente gegen die (analoge) Anwendung des § 855 BGB auf Gefälligkeitsverhältnisse sprechen gegen diese Auffassung.

### 3. Zusammenfassung

Die Besitzverhältnisse bei Gefälligkeitsverhältnissen hängen von den Umständen des Einzelfalls ab. Ist die Einwirkungsmöglichkeit des Gefälligen auf die Sache nach der Verkehrsanschauung vom Begünstigten abhängig, ist nur dieser Besitzer. Umgekehrt ist nur der Gefällige Besitzer, wenn er dem Begünstigten die tatsächliche Sachherrschaft überlassen hat und dessen Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache vom Gefälligen abhängig ist. Wer die tatsächliche Sachherrschaft erlangt, erwirbt gem. § 854 Abs. 1 BGB nur Besitz an der Sache, wenn die Einwirkungsmöglichkeit des bisherigen Besitzers beseitigt wird. Dieser kann die Sache anschließend nach § 985 BGB herausverlangen, wenn er Eigentümer der Sache ist. In der Literatur wird zwar uneinheitlich beurteilt, ob ein Gefälligkeitsverhältnis ein Besitzrecht i.S.d. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB begründet.<sup>34</sup> Es besteht aber Einigkeit, dass ein solches jedenfalls entfällt, wenn die Sache herausverlangt wird.<sup>35</sup>

## II. Auswirkungen der Besitzverhältnisse auf die Haftung im Gefälligkeitsverhältnis

Auch derjenige, der unentgeltlich im Interesse eines anderen tätig wird, haftet dem Eigentümer für schuldhaft verursachte Schäden nach §§ 823 ff. BGB. In der Literatur wurde mit Blick auf den Schutzzweck der §§ 987 ff. BGB die Frage aufgeworfen, ob es Ausnahmen von dieser deliktischen Haftung gibt. Nachfolgend werden zwei Konstellationen beleuchtet, bei denen die Anwendbarkeit der §§ 823 ff. BGB zweifelhaft ist.

---

<sup>31</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 854 Rn. 23; *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 17. Aufl. 2021, Rn. 730; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 11.

<sup>32</sup> *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 11. Mit den Kriterien der Einwirkungsmöglichkeit und der engen räumlichen Beziehung zur Sache argumentiert auch BGH NJW-RR 2017, 818 (820 Rn. 20).

<sup>33</sup> *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2022, § 18 Rn. 37; *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 22.

<sup>34</sup> Ein obligatorisches Besitzrecht annehmend *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 Rn. 6. Ein Besitzrecht ablehnend *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 124; *Spohnheimer*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 Rn. 18; *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 986 Rn. 34.

<sup>35</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 BGB Rn. 6 hält das aus einer außerrechtlichen Gefälligkeit folgende Besitzrecht für frei widerruflich.

## 1. Haftung des besitzlosen Gefälligen

Wer im Rahmen der Gefälligkeit keinen Besitz an der Sache erwirbt, haftet dem Eigentümer nach §§ 823 ff. BGB. Eine Ausnahme erkennt ein Teil der Literatur für den besitzlosen Gefälligen an, wenn Besitz und Eigentum an der Sache auseinanderfallen.<sup>36</sup>

*Beispiel 7:* Dieb D stiehlt Eigentümer E eine Vase und veräußert sie an den gutgläubigen G. Als G umzieht, trägt sein Freund F den Karton, in dem sich die Vase befindet, zum Umzugswagen. Dabei stolpert F aus Unachtsamkeit und die Vase zerbricht. E verlangt von F Schadensersatz wegen der zerstörten Vase.

Durch die deliktische Haftung des besitzlosen Gefälligen werde der Schutzzweck der §§ 987 ff. BGB unterlaufen, da der vom Eigentümer nach §§ 823 ff. BGB in Anspruch genommene Gefällige beim Besitzer Regress nehmen könne.<sup>37</sup> Um den Schutz des gutgläubigen und unverklagten Besitzers nicht auszuhöhlen, müsse der besitzlose Gefällige in den Schutzbereich des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB einbezogen werden.

Die Ausdehnung der Sperrwirkung beruht mit Blick auf den Regressanspruch auf einer fehlerhaften Annahme. Bei einer bloßen Gefälligkeit lässt sich kein Regressanspruch des Gefälligen konstruieren.<sup>38</sup> Selbst wenn man mit einem Teil der Literatur annimmt, bei bloßen Gefälligkeiten könne eine vertragsähnliche Beziehung i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB entstehen, mit der Schutzpflichten i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB einhergehen,<sup>39</sup> besteht kein Regressanspruch des Gefälligen. Schutzpflichten wahren das Integritätsinteresse, aus ihnen lassen sich keine Regressansprüche ableiten. Unberücksichtigt bleibt zudem, dass der besitzlose Gefällige durch die Ausdehnung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB besser stehen würde als der rechtmäßige Fremdbesitzer.

## 2. Auswirkungen eines Besitzerwerbs auf die Haftung

Wer im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses Besitz an einer Sache erwirbt, haftet dem Eigentümer gem. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB nur nach §§ 987 ff. BGB. Es besteht eine Vindikationslage, da der Besitzer nicht gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB zum Besitz berechtigt ist.<sup>40</sup> Ein Besitzrecht kann sich aus einem dinglichen Recht, aus einem Vertrag oder aus dem Gesetz ergeben.<sup>41</sup> Eine bloße Gefälligkeit kann dagegen kein Besitzrecht begründen.<sup>42</sup>

Ist der Besitzer gutgläubig und unverklagt, haftet er dem Eigentümer weder nach § 989 BGB noch nach §§ 989, 990 Abs. 1 BGB. Gutgläubig ist gem. § 990 Abs. 1 S. 1 BGB, wer beim Besitzerwerb weder

<sup>36</sup> Magnus, NJW 2017, 1201 (1204 f.).

<sup>37</sup> Magnus, NJW 2017, 1201 (1205) entnimmt den Regressanspruch §§ 662, 670 BGB und begründet dies mit den Schutzpflichten, die bei einem Gefälligkeitsverhältnis entstehen können.

<sup>38</sup> Witschen, AcP 219 (2019), 300 (302) lehnt einen Anspruch des Gefälligen aus § 670 BGB ab.

<sup>39</sup> Krebs, in: Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2021, § 241 Rn. 12; Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 241 Rn. 25; Neufeind, JA 2022, 717. Differenzierend Bachmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 253 f. Ein Gefälligkeitsverhältnis mit Schutzpflichten ablehnend Witschen, AcP 219 (2019), 300 (306).

<sup>40</sup> Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 124; Spohnheimer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 Rn. 18; Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 986 Rn. 34; a.A. Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 Rn. 6.

<sup>41</sup> Schulte-Nölke, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl. 2021, § 986 Rn. 3.

<sup>42</sup> Spohnheimer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 Rn. 18; Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 986 Rn. 34.

positive Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis von seinem fehlenden Besitzrecht hat. Von einer positiven Kenntnis ist nicht bereits auszugehen, wenn der Besitzer die Tatsachen kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht zum Besitz berechtigt ist. Er muss auch die entsprechende rechtliche Schlussfolgerung gezogen haben.<sup>43</sup> Eine grob fahrlässige Unkenntnis ist anzunehmen, wenn der Besitzer außer Acht lässt, was jedem hätte einleuchten müssen. Dem Besitzer wird regelmäßig weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sein, dass er bei einer bloßen Gefälligkeit nicht zum Besitz berechtigt ist. Dies gilt umso mehr, als die Grenze zwischen bloßer Gefälligkeit und Gefälligkeitsvertrag teilweise schwierig zu bestimmen ist. Eine Haftung gem. §§ 991 Abs. 2, 989 BGB kommt ebenfalls nicht in Betracht, da eine Gefälligkeit kein Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868 BGB bilden kann.

*Beispiel 8:* Dieb D stiehlt Eigentümer E eine Kamera und veräußert sie an den gutgläubigen G. Dieser überlässt die Kamera seinem Freund F für einen Urlaub an der Ostsee. Dort fällt die Kamera aus Unachtsamkeit des F die Steilküste herunter. E verlangt von F Schadensersatz für die zerstörte Kamera.

F haftet dem E als gutgläubiger und unverklagter Besitzer nicht nach §§ 989, 990 Abs. 1 BGB. G hat F die Kamera aus Gefälligkeit überlassen. Da eine Gefälligkeit kein Besitzmittlungsverhältnis begründen kann, haftet F dem E auch nicht nach §§ 991 Abs. 2, 989 BGB. Es widerspräche dem Rechtsgedanken des § 991 Abs. 2 BGB, wenn E den F nicht nach §§ 823 ff. BGB in Anspruch nehmen könnte.

Haftet derjenige, der eine Sache aufgrund einer bloßen Gefälligkeit besitzt, dem Eigentümer nicht nach §§ 823 ff. BGB, würde er besser stehen als der rechtmäßige Fremdbesitzer. Dies entspricht weder dem Schutzzweck der §§ 987 ff. BGB noch dem Rechtsgedanken des § 991 Abs. 2 BGB. In Betracht kommt eine analoge Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB. Dafür muss die bestehende Regelungslücke planwidrig und die Interessenlage vergleichbar sein.

Gesetzliche Regelungen sind planwidrig unvollständig, wenn die Wertungen, von denen sich der Gesetzgeber leiten ließ, nicht konsequent und umfassend realisiert wurden.<sup>44</sup> Nach den Protokollen zur zweiten Lesung des BGB soll dem Eigentümer auch ein Besitzer haften, der einen anderen für den Eigentümer gehalten hat, wenn er schuldhaft eine Sache beschädigt, die er nicht im Eigenbesitz hat.<sup>45</sup> Besteht kein schutzwürdiges Vertrauen, wegen einer Beschädigung der Sache nicht gegenüber Dritten zu haften, bedarf es keiner Privilegierung des gutgläubigen und unverklagten Besitzers. Dies ist nicht nur bei Besitzmittlungsverhältnissen, sondern auch bei Gefälligkeitsverhältnissen denkbar. Wer eine Sache aufgrund einer Gefälligkeit besitzt, hat die Sache gem. § 872 BGB nicht im Eigenbesitz und muss mit einer Haftung gegenüber dem Eigentümer rechnen.

Die Gleichheit der Interessenlagen ist eine Wertungsfrage, die insbesondere mithilfe teleologischer Auslegung zu beantworten ist.<sup>46</sup> Nach der teleologischen Auslegung ist der Grund für eine Haftung nach § 991 Abs. 2 BGB das fehlende schutzwürdige Vertrauen des Besitzers, nicht gegenüber Dritten zu haften. Es kommt mithin darauf an, dass der Besitzer die Sache nicht als ihm gehörig besitzt. Ein (wirksames) Besitzmittlungsverhältnis ist nach dem Normzweck nicht erforderlich. Der gutgläubige und unverklagte Gefällige oder Begünstigte, der gem. § 854 Abs. 1 BGB Besitz an der Sache erworben hat, haftet dem Eigentümer analog §§ 991 Abs. 2, 989 BGB.

<sup>43</sup> Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 990 Rn. 5; Spohnheimer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 990 Rn. 23 f.

<sup>44</sup> Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3. Aufl. 2018, S. 85 ff.

<sup>45</sup> Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, 1899, S. 678.

<sup>46</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 577.

### 3. Zusammenfassung

Aufgrund des Schutzzwecks der §§ 987 ff. BGB sind keine Ausnahmen von der deliktischen Haftung im Gefälligkeitsverhältnis anzuerkennen. Der besitzlose Gefällige haftet dem Eigentümer nach §§ 823 ff. BGB. Erwirbt der Gefällige oder der Begünstigte Besitz an der Sache, haftet er dem Eigentümer im Wege der Analogie zu §§ 991 Abs. 2, 989 BGB ebenfalls nach den §§ 823 ff. BGB. Der besitzende Gefällige oder Begünstigte ist dem Eigentümer insoweit verantwortlich, als er im Rahmen des Gefälligkeitsverhältnisses haftet.