

OLAF SOSNITZA

Besitz und Besitzschutz

Jus Privatum

85

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 85



Olaf Sosnitza

Besitz und Besitzschutz

Sachherrschaft zwischen
faktischem Verhältnis,
schuldrechtlicher Befugnis und
dinglichem Recht

Mohr Siebeck

Olaf Sosnitza, geboren 1963; Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Universität Bayreuth; 1989 erstes jur. Staatsexamen; 1992 zweites jur. Staatsexamen; 1992–1994 wiss. Assistent an der Universität Bayreuth; 1994 Promotion; 1994–1997 Rechtsanwalt in Köln; 1997–2002 wiss. Assistent an der Universität Bayreuth; 2001 Habilitation; seit 2002 Inhaber des Lehrstuhls für Privatrecht, insbesondere Immaterialgüterrechte an der Bayerischen Julius-Maximilians Universität Würzburg.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

978-3-16-157942-4 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-147870-3

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2003 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Bembo-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Ulrike

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2001 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript wurde im Mai 2001 abgeschlossen, doch konnten Rechtsprechung und Literatur noch weitgehend bis Juli 2003 in den Fußnoten berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zuvörderst meinem hochverehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Volker Emmerich. Ohne ihn wäre ich heute wohl noch Rechtsanwalt und genösse ich nicht die wissenschaftliche Freiheit, zu der er mich stets ermutigt hat. Für wertvolle Anregungen und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Professor Dr. Diethelm Klippel.

Engagierte Unterstützung bei den mühevollen Korrekturen für die Drucklegung habe ich von meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern, den Herren Assessoren Armin Göhring, Stephan Jung und Gregor Lintl, erfahren. Frau Ilse Fritsch danke ich für die sichere Handhabung des Manuskripts.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft ist für die Gewährung einer Druckkostenhilfe, dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme in die Reihe Jus Privatum zu danken.

Würzburg, im August 2003

Olaf Sosnitza

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1

Teil 1

Grundlagen

1. Kapitel

Begriff des Besitzes

A. Der zivilrechtliche Besitzbegriff	4
B. Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff	18
C. Der öffentlich-rechtliche Zustandsstörer	26

2. Kapitel

Die Regelungsstruktur des kodifizierten Rechts des Besitzes im Bürgerlichen Recht

A. Der Besitz als Bestandteil anderer Rechtsinstitute	28
B. Der Besitz als autonomes Regelungsobjekt, §§ 854 ff. BGB	31

3. Kapitel

Zur Rechtsnatur des Besitzes

A. Die Notwendigkeit der Unterscheidung von Besitz und Besitzrecht	49
B. Der Besitz	50
C. Das Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB	79

D. Exkurs: Der Mieter als Eigentümer im Sinne des Art. 14 GG – Eine verfassungsrechtliche Aufwertung der zivilrechtlichen Besitzposition mit Ausstrahlungswirkung auf das Bürgerliche Gesetzbuch?	128
--	-----

Teil 2

Formen des Besitzschutzes im Bürgerlichen Gesetzbuch

1. Kapitel

Der possessorische Besitzschutz der §§ 858 ff. BGB

A. Allgemeines	152
B. Reichweite des possessorischen Besitzschutzes	155
C. § 1361 a BGB als lex specialis?	170

2. Kapitel

Der petitorische Besitzschutz nach § 1007 BGB

A. Allgemeines	175
B. Entstehungsgeschichte	177
C. Normzweck	181
D. Anwendungsbereich	195
E. Inhaltliche Reichweite der Besitzberechtigung	199

3. Kapitel

Der Besitzschutz im Bereicherungsrecht

A. Überblick über die Entwicklung des Meinungsstandes	208
B. Der Besitz als Gegenstand der Leistungskondiktion	217
C. Der Besitz als Objekt der Eingriffskondiktion	226
D. Inhalt des Bereicherungsanspruchs	253
E. Konkurrierende Herausgabeansprüche	254

4. Kapitel

Der Besitzschutz im Deliktsrecht

A. Besitz als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB	258
B. Besitzschutz durch Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB	309
C. Andere Anspruchsgrundlagen	316

Teil 3

Der Besitzschutz außerhalb des BGB

1. Kapitel

Der Besitz als ein die Veräußerung hinderndes Recht
im Sinne des § 771 ZPO

A. Überblick über den Meinungsstand	318
B. Zweckgerichteter Lösungsansatz	333
C. Übertragung auf die verschiedenen Fallkonstellationen	337

2. Kapitel

Der Besitz als Aussonderungsrecht im Sinne des § 47 InsO

A. Das Recht zur Aussonderung nach § 47 InsO	352
B. Possessorische Ansprüche als Aussonderungsrechte?	354
C. Bereicherungsansprüche als Aussonderungsrechte	358
D. Exceptio rei venditae et traditae	359
Zusammenfassung	374
Literaturverzeichnis	385
Register	415

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1

Teil 1

Grundlagen

1. Kapitel

Begriff des Besitzes

A. <i>Der zivilrechtliche Besitzbegriff</i>	4
I. Zum Begriff des unmittelbaren Besitzes	6
II. Das Verhältnis der verschiedenen Besitzformen zueinander	11
B. <i>Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff</i>	18
I. Parallelen und Unterschiede zum zivilrechtlichen Besitz	18
II. Zur inneren Rechtfertigung eines spezifisch strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffs	22
C. <i>Der öffentlich-rechtliche Zustandsstörer</i>	26

2. Kapitel

Die Regulationsstruktur des kodifizierten Rechts des Besitzes im Bürgerlichen Recht

A. <i>Der Besitz als Bestandteil anderer Rechtsinstitute</i>	28
B. <i>Der Besitz als autonomes Regulationsobjekt, §§ 854 ff. BGB</i>	31
I. Überblick	31
II. Zum Rechtsgrund der Besitzschutzrechte, §§ 858 ff. BGB	32

1. Die einzelnen Grundpositionen	33
a) Schutz des Eigentums	33
b) Schutz der Persönlichkeit	34
c) Schutz der Kontinuität	36
d) Schutz des allgemeinen Rechtsfriedens	37
e) Kombination von Friedens- und Kontinuitätstheorie	37
2. Würdigung	38
a) Eigentumsschutz	38
b) Persönlichkeitsschutz	38
c) Kontinuitätsschutz	39
d) Friedensschutz	40
aa) Die Präventionsfunktion des possessorischen Besitzschutzes ..	42
bb) Der Besitzer als Sachwalter der Rechtsordnung	45
e) Kombinierte Friedens- und Kontinuitätsschutz	47

3. Kapitel

Zur Rechtsnatur des Besitzes

A. <i>Die Notwendigkeit der Unterscheidung von Besitz und Besitzrecht</i>	49
B. <i>Der Besitz</i>	50
I. Allgemeines	50
II. Induktive Betrachtung	52
1. Terminologische Argumente	52
a) Kohärente Terminologie der §§ 221, 861 Abs. 2, 862 Abs. 2, 943, 999 Abs. 1 BGB	52
b) Gegenüberstellung von Recht und Besitz in den §§ 268 Abs. 1, 1440 S. 1, 1462 S. 1, 1464 S. 2 BGB	55
2. Gesetzestechnische Argumente	55
a) Die rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit des Besitzes, §§ 854 Abs. 2, 870 BGB	55
b) Die Vererblichkeit des Besitzes, § 857 BGB	56
c) Fehlende Eintragbarkeit bei Immobilien	57
d) Vergleich mit der Grundbucheintragung	58
e) Besitz als Grundlage anderweitigen Rechtserwerbs	59
3. Systematische Argumente	60
a) Das Verhältnis von § 865 BGB zu § 93 BGB	60
b) „Vergeistigung“ des Besitzes	60
c) Besitzerwerb durch nicht voll Geschäftsfähige	61
d) Stellung der §§ 854 ff. BGB	61
e) Besitzerwerb vom Nichtberechtigten	62

4. Teleologische Argumente	62
a) Der Besitzschutz gegenüber Dritten, §§ 858 ff. BGB	62
b) Zeitliche Begrenzung der Besitzansprüche	64
5. Würdigung	65
III. Deduktive Betrachtung: Ableitung des Besitzes aus dem subjektiven Recht	65
1. Zum Begriff des subjektiven Rechts	66
a) Willentheorie	66
b) Interessentheorie	67
c) Kombinationstheorie	67
d) Formal-normative Theorien	67
aa) Subjektives Recht als Normsetzungsbefugnis	68
bb) Subjektives Recht als Klagebefugnis	69
cc) Subjektives Recht als Freiheitsermächtigung und Generalverbot	69
e) Offene Theorien	70
aa) Subjektives Recht als „Rahmenbegriff“	71
bb) Subjektives Recht als Privileg	71
2. Zur Einordnung des Besitzes als subjektives Recht	73
C. Das Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB	79
I. Überblick über die verschiedenen Arten der Besitzrechte	79
II. Dogmatische Einordnung	81
1. Die Konkurrenzlehre nach Siber	83
2. Die Einwendungslehren	85
a) <i>Scherk</i>	85
b) <i>Raape</i>	86
c) Das Recht zum Besitz als relatives Herrschaftsrecht	88
3. Das obligatorische Besitzrecht als Inhalt der schuld- rechtlichen Forderung	95
III. Zu Inhalt und Reichweite einzelner Besitzpositionen	103
1. Das dingliche Recht zum Besitz	103
2. Das obligatorische Recht zum Besitz, insbesondere des Vorbehaltskäufers	104
3. Zurückbehaltungsrechte	106
a) Das Zurückbehaltungsrecht im Allgemeinen	106
b) Annahmeverzug des Eigentümers	110
c) Das Befriedigungsrecht des Besitzers	111
d) Die Einrede des nichterfüllten Vertrages	113
4. Die Besitzberechtigung des Empfängers unbestellter Waren nach § 241 a BGB	115

a) Bisherige Rechtslage	115
aa) Wettbewerbsrechtliche Beurteilung	115
bb) Bürgerlich-rechtliche Beurteilung	116
b) Die neue Regelung des § 241 a BGB	117
c) Ausschluss des Herausgabeanspruchs	119
aa) Objektive und subjektive Auslegung	119
bb) Teleologische Reduktion?	120
(1) Methodik	121
(2) Trennung von Eigentum und Besitz	122
(3) Sanktionscharakter	123
(4) Zwischenergebnis	125
d) Konsequenzen	125
aa) Eigentumslage	125
bb) Befugnisse des Empfängers	125
(1) Nutzungsrecht	125
(2) Weiterveräußerung an Dritte	126
cc) Gesetzliches Besitzrecht	127
 D. <i>Exkurs: Der Mieter als Eigentümer im Sinne des Art. 14 GG – Eine verfassungsrechtliche Aufwertung der zivilrechtlichen Besitzposition mit Ausstrahlungswirkung auf das Bürgerliche Gesetzbuch?</i>	128
I. Die Argumentation des BVerfG	129
1. Der Grundsatzbeschluss BVerfGE 89, 1 (Kündigung wegen Eigenbedarfs)	129
2. BVerfG, NJW 1994, 41 (Kündigung wegen Überbelegung) .	132
3. BVerfG, NJW 2000, 2658 (Duldung eines Treppen- hauslifteinbaus)	134
II. Analyse und Stellungnahme	135
1. Das Umfeld der verfassungsrechtlichen Neuorientierung ...	135
2. Zur Argumentationsstruktur im einzelnen	137
3. Das Besitzrecht als schuldrechtliche Forderung	140
4. Konsequenzen und Gefahren des verfassungsrechtlich verankerten Besitzrechts	141
a) Folgen für das Individualverhältnis	142
aa) Verschiebung von Rechtspositionen	143
bb) Beeinträchtigung der Rechtssicherheit	147
b) Folgen für die Mietgesetzgebung	148
III. Ergebnis	148

Teil 2

Formen des Besitzschutzes im Bürgerlichen Gesetzbuch

1. Kapitel

Der possessorische Besitzschutz der §§ 858 ff. BGB

A. <i>Allgemeines</i>	152
B. <i>Reichweite des possessorischen Besitzschutzes</i>	155
I. Ausschluss petitorischer Einwendungen nach § 863 BGB	155
II. Das Erlöschen der Besitzschutzansprüche gemäß § 864 Abs. 2 BGB	163
III. Zum Umfang des Besitzschutzes beim mittelbaren Besitz, § 869 BGB	168
C. <i>§ 1361 a BGB als lex specialis?</i>	170

2. Kapitel

Der petitorische Besitzschutz nach § 1007 BGB

A. <i>Allgemeines</i>	175
B. <i>Entstehungsgeschichte</i>	177
I. Der Vorentwurf <i>Johows</i>	177
II. Der Entwurf der Ersten Kommission	178
1. Die deutsch-rechtliche Klage aus verlorener Gewere	179
2. Die römisch-rechtliche actio Publiciana	180
III. Der Entwurf der Zweiten Kommission	181
C. <i>Normzweck</i>	181
I. Schutz des vermuteten Rechts	182
II. Schutz des Besitzes als Recht	183
III. Schutz eines besseren Rechts zum Besitz	184
1. Überblick über die verschiedenen Ansätze	184
a) Das „relativ-absolute Recht“ nach <i>Henle</i>	184
b) Das „relativ-dingliche Recht“ nach <i>Hörer</i>	184

c) Das „eingeschränkt-absolut dingliche Recht“ nach <i>Koch</i>	185
d) Das „relative Eigentum“ und „absolut bzw. relativ verdinglichte Recht“ nach <i>Wieling</i>	186
2. Stellungnahme	187
IV. § 1007 BGB als Einredebeschränkung bzw. als Fall einer gesetzlichen Prozessstandschaft	190
V. Relationale Zuordnung	192
D. Anwendungsbereich	195
E. Inhaltliche Reichweite der Besitzberechtigung	199

3. Kapitel

Der Besitzschutz im Bereicherungsrecht

A. Überblick über die Entwicklung des Meinungsstandes	208
I. Die Beratungen des BGB	208
II. Die Rechtsprechung	210
III. Die Auffassungen in der Literatur	212
1. Das bisherige Meinungsspektrum	212
a) Leistungskondiktion	212
b) Eingriffskondiktion	212
2. Das Verständnis der Besitzkondiktion als Eigentumsschutz nach <i>Klinkhammer</i>	213
3. Würdigung	216
B. Der Besitz als Gegenstand der Leistungskondiktion	217
I. Der Besitz als Vermögenswert	217
1. Das erlangte „Etwas“ nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB	217
2. Der dem Bereicherungsrecht zugrundeliegende wirtschaftliche Vermögensbegriff	218
3. Zur vermögensmäßigen Einordnung des Besitzes nach <i>Klinkhammer</i>	220
II. Ausschluss des bösgläubigen Besitzers?	223
C. Der Besitz als Objekt der Eingriffskondiktion	226
I. Die Theorie vom Zuweisungsgehalt als Ausgangspunkt	226
1. Rechtswidrigkeitstheorie versus Zuweisungstheorie	226
2. Zur inhaltlichen Bestimmung des Zuweisungsgehalts	229

II. Zur Bestimmung des Zuweisungsgehalts beim Besitz	232
1. Der bloße Besitz als solcher	232
2. Das Recht zum Besitz	234
a) Allgemeines	234
b) Insbesondere die Untervermietungsfälle	237
aa) Die unberechtigte Untervermietung durch den Erstmietter ...	238
bb) Die unberechtigte Untervermietung durch den Zweitmieter .	245
3. Das Recht auf Besitz	246
4. Zuweisungsgehalt ohne Recht zum Besitz?	250
D. <i>Inhalt des Bereicherungsanspruchs</i>	253
E. <i>Konkurrierende Herausgabeansprüche</i>	254

4. Kapitel

Der Besitzschutz im Deliktsrecht

A. <i>Besitz als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB</i>	258
I. Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in der Entstehungs- geschichte des § 823 Abs. 1 BGB	258
II. Die bisherige Einordnung des Besitzes	261
1. Die Entwicklung der Rechtsprechung	261
a) Reichsgericht	261
b) Bundesgerichtshof	265
2. Der Meinungsstand in der Literatur	270
a) Schutz jeden Besitzers	270
b) Kein Schutz des Besitzers	271
c) Schutz des berechtigten Besitzers	271
d) Schutz des „befugten“ Besitzers	272
III. Zu den Begründungen im Einzelnen	273
1. Der Besitz als Recht	273
2. Das schuldrechtliche Besitzrecht als relatives Herrschaftsrecht	276
3. Die sogenannte Verdinglichung obligatorischer Rechte	281
a) <i>Dulckeit</i>	281
b) <i>Canaris</i>	283
c) Würdigung	284
4. Der befugte Besitz als eine dem Eigentum angenäherte Position	290

IV. Konsequenzen für den deliktischen Besitzschutz	291
1. Schutz des berechtigten Besitzers	293
a) Ansprüche gegen den Vertragspartner	293
b) Ansprüche gegen Dritte nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation	294
aa) Das Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz als weiterer Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation ..	295
bb) Vergleich mit der deliktischen Lösung	297
2. Schutz des nichtberechtigten Besitzers	300
a) Nutzungsschaden	300
b) Verwendungsschaden	301
c) Haftungsschaden	302
V. Überprüfung der bisher entschiedenen Fälle auf der Grundlage des vorgeschlagenen Lösungsansatzes	302
1. Zu den Fällen des Reichsgerichts	302
2. Zu den Fällen des Bundesgerichtshofs	305
B. <i>Besitzschutz durch Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB</i>	309
I. Das Verbot der Eigenmacht nach § 858 BGB als Schutzgesetz ..	309
1. Meinungsstand	309
a) Gesetzesmaterialien	309
b) Rechtsprechung	310
c) Literatur	310
2. Würdigung	311
II. Strafrechtlicher Schutz der Sachherrschaft	314
C. <i>Andere Anspruchsgrundlagen</i>	316
I. § 826 BGB	316
II. § 1 Abs. 1 ProdHaftG	316

Teil 3

Der Besitzschutz außerhalb des BGB

1. Kapitel

Der Besitz als ein die Veräußerung hinderndes Recht
im Sinne des § 771 ZPO

<i>A. Überblick über den Meinungsstand</i>	318
I. Rechtsprechungsentwicklung	318
II. Die Auffassungen in der Literatur	320
1. Das materiellrechtliche Verständnis der Drittwider- spruchsklage	320
2. Die Drittwiderspruchsklage als prozessuale Gestaltungsklage	325
a) Bisher überwiegende Auffassung	326
b) Neuere Auffassung	326
3. Würdigung	327
a) Der Besitz als Interventionsrecht	327
b) Zur Rechtsnatur der Drittwiderspruchsklage	331
<i>B. Zweckgerichteter Lösungsansatz</i>	333
I. Die Drittwiderspruchsklage als Korrektiv des formalen Vollstreckungszugriffs	334
II. Negative Komponente: Der Ausschluss schuldnerfremden Vermögens	335
III. Positive Komponente: Das Erfordernis der Drittlegitimation ..	336
IV. Schlussfolgerung	337
<i>C. Übertragung auf die verschiedenen Fallkonstellationen</i>	337
I. Der Schuldner als Eigentümer und Vermieter	337
1. Bei Grundstücken	337
2. Bei Mobilien	339
3. Die Situation bei verbotener Eigenmacht des Vermieters gegenüber dem Mieter	341
II. Der Schuldner als Untermieter	342
III. Der Schuldner als unberechtigter Besitzer	344
IV. Die Fälle der Verschaffungsansprüche	344

V. Das Problem der Räumungsvollstreckung nach § 885 ZPO	346
1. Reichweite des Vollstreckungstitels gegen den Schuldner . . .	346
2. Rechtsbehelfe des Dritten	350

2. Kapitel

Der Besitz als Aussonderungsrecht im Sinne des § 47 InsO

A. <i>Das Recht zur Aussonderung nach § 47 InsO</i>	352
B. <i>Possessorische Ansprüche als Aussonderungsrechte?</i>	354
C. <i>Bereicherungsansprüche als Aussonderungsrechte</i>	358
D. <i>Exceptio rei venditae et traditae</i>	359
I. Kauf unter Eigentumsvorbehalt	359
II. Der nicht bedingte Kauf	361
1. Meinungsstand	362
2. Die Verknüpfung der exceptio mit dem Erfüllungsanspruch	364
3. Das Schicksal des Erfüllungsanspruchs in der Insolvenz	365
4. Das Recht zum Besitz als existente, aber suspendierte Befugnis	369
Zusammenfassung	374
Literaturverzeichnis	385
Register	415

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AbzG	Abzahlungsgesetz
A. C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. E.	am Ende
AEÜ	Allgemeines Eisenbahngesetz
a. F.	alte Fassung
APr	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BauGB	Baugesetzbuch
BayEG	Bayerisches Gesetz über die entschädigungspflichtige Enteignung
BayLStVG	Bayerisches Landesstraß- und Verordnungsgesetz
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BB	Betriebs-Berater
BBergG	Bundesberggesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlGBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats

BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CPO	Civilprozessordnung
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
DJT	Deutscher Juristentag
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVB	Deutsches Verwaltungsblatt
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
E	Entwurf
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FARL	Fernabsatz-Richtlinie
ff.	fortfolgende
FG	Festgabe
FlurbG	Flurbereinigungsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GB	Grundbuchordnung
GE	Das Grundeigentum
GG	Grundgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Großer Senat
HausratsVO	Hausratsverordnung
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts

HGB	Handelsgesetzbuch
Hirth's Ann.	Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
i. E.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jg.	Jahrgang
JherJb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrW-/AbfG	Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz)
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LStVG	Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
MEPolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer

NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
ÖBl.	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Obligationenrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAG	Polizeiaufgabengesetz
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
RdW	Recht der Wirtschaft
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgesetz
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
ScheckG	Scheckgesetz
SchlH	Schleswig-Holstein
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
StGB	Strafgesetzbuch
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
TE	Teilentwurf
u.	und
UrhG	Gesetz über Urheberschutz und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VersR	Versicherungsrecht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer

WaStrG	Wasserstraßengesetz
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WG	Wechselgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WoBl	Wohnrechtliche Blätter
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WürttJb	Jahrbuch der Württembergischen Rechtspflege
z. B.	zum Beispiel
ZBernJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfgRW	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Film und Recht
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Zwangsversteigerungsgesetz)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

Die Lehre vom Besitz gilt bis auf den heutigen Tag als kompliziert und verwickelt. Immer wieder haben Abhandlungen zu diesem Thema einleitend, gerne auch mit Klassikerzitaten geschmückt, verschiedenste Aussagen zusammengetragen, die die besondere Schwierigkeit des Besitzrechts belegen sollen. Nicht ganz zu Unrecht vermutete jedoch schon *Savigny* hinter derartigem Wehklagen meist nicht mehr als eine vorläufige Lobrede auf das eigene Werk,¹ mit dem dann alle Schleier der Ungewissheit fortgezogen werden sollen. Angesichts der langen Tradition, auf die das Besitzrecht zurückblicken kann und vor dem Hintergrund seiner extensiven Diskussion als dem, neben der Zivil-ehe, wohl umstrittensten Gebiet während der Beratungen zum BGB wäre es vermessen, nunmehr mit dem Anspruch anzutreten, den „Stein der Weisen“ gefunden zu haben. Das Ziel der Arbeit ist ein weit bescheideneres. Nach mehr als einhundertjähriger Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs soll eine Bilanz gezogen werden. Zu diesem Zweck werden die Grundlagen des Besitzes und seines Schutzes auf dem Fundament des gegenwärtigen positiven Rechts untersucht, und die durch Rechtsprechung und Literatur vorangetriebene Entwicklung wird kritisch überprüft. Dabei wird sich zeigen, dass die Besitzkonzeption des BGB, entgegen manch anfänglicher Skepsis, durchaus nicht verworren ist, sondern als im Großen und Ganzen gelungen und bis heute zeitgemäß bezeichnet werden kann. Der Versuch einer Standortbestimmung muss zudem jüngste Entwicklungen auf judikativer und legislativer Ebene einbeziehen. So fragt sich, welche Auswirkungen die jüngste Rechtsprechung des BVerfG zum Eigentumsrecht nach Art. 14 GG zugunsten des Mieters auf das geltende Besitzrecht hat. Auch der Versuch des Gesetzgebers, in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben die Problematik der Zusendung unbestellter Waren im Bürgerlichen Gesetzbuch erstmals zu regeln, wirft die Frage nach den besitzrechtlichen Konsequenzen auf.

Die Arbeit plädiert dafür, sich drei als grundlegend erachtete Prämissen des Besitzrechts in das Bewusstsein zurückzurufen: Erstens ist der Besitz als solcher nicht als Recht, sondern als Tatsache zu begreifen; zweitens kommt dem possessorischen Besitzschutz nach §§ 858 ff. BGB allein eine Präventionsfunktion zu; drittens ist das obligatorische Recht zum Besitz nichts anderes

¹ *Savigny*, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865, § 1, S. 25.

als ein Anspruch und als solcher Inhalt der schuldrechtlichen Forderung. Es wird sich herausstellen, dass sich vielfältige Streitfragen und begriffliche Unklarheiten bewältigen lassen, wenn man den Versuch unternimmt, die Erscheinungsformen des Besitzes auf die Grundstrukturen des Gesetzes zurückzuführen und die genannten Prämissen berücksichtigt.

Der Gang der Darstellung wird sich an diesem Ziel orientieren. In einem ersten Grundlagenteil ist der Begriff des Besitzes abzugrenzen und die Regulationsstruktur des kodifizierten Besitzrechts darzustellen. Daran schließt sich die Analyse der rechtlichen Natur des Besitzes wie auch des Besitzrechts an. Der zweite Teil geht darauf aufbauend der Frage nach, wie weit der Schutz des Besitzes in seinen verschiedenen Ausprägungen innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs reicht. Die Untersuchung beschränkt sich hier im Interesse der Übersichtlichkeit auf die Kerngebiete des possessorischen (§§ 854 ff. BGB) und petitorischen (§ 1007 BGB) Besitzschutzes, auf das Bereicherungs- und das Deliktsrecht. Der abschließende dritte Teil richtet den Blick über das BGB hinaus auf das Vollstreckungs- und Insolvenzrecht.

Teil 1

Grundlagen

1. Kapitel

Begriff des Besitzes

A. Der zivilrechtliche Besitzbegriff

Im Gegensatz zu früheren Gesetzeswerken² enthält das BGB keine Definition des Besitzes. Nur der mittelbare Besitz wird in § 868 BGB gesetzlich festgelegt. Die Erste Kommission lehnte eine Besitzdefinition, wie sie noch im Entwurf *Johows* vorgesehen war,³ ab, da man an der Möglichkeit einer genauen und unmissverständlichen Festlegung des Begriffs im Gesetz selbst zweifelte. Insbesondere ging man davon aus, dass für den Besitzerwerb weitergehende Voraussetzungen gelten, als für seine Beibehaltung. Aus Gründen der Praktikabilität sollte sich das Gesetz daher auf Bestimmungen über Erwerb, Fortsetzung und Ende des Besitzes beschränken.⁴

Im Schrifttum war der Besitzbegriff von jeher streitig.⁵ *Savigny* definierte den Besitz an einer Sache als den Zustand, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden kann.⁶ Auch wenn man berücksichtigt, dass *Savigny* das zweite Element seiner Definition nicht im Sinne einer erfolgreichen Verhinderung, sondern nur als Möglichkeit der Abwehr verstand,⁷ ist eine solche Umschreibung noch zu eng. Denn auch Kinder oder Schlafende, die überhaupt keine Chance der Verteidigung haben, können zweifellos Besitzer sein. *Jhering* sah dagegen durch den Besitz das dahinter stehende Eigentum geschützt und nahm daher Besitz immer dann an, wenn sich die Sache in ihrem normalen äußeren Zustand befinde, in dem sie ihre ökonomische Bestimmung erfülle, dem Menschen zu dienen.⁸ Mit dieser Umschreibung woll-

² Vgl. I 7 §§ 1 bis 5 ALR, Art. 2228 Code civil, § 309 ABGB, § 186 Sächsisches BGB, II 1 Art. 1 Hessischer Entwurf.

³ § 48 S. 1: „Wer eine Sache mit seinem Willen in thatsächlicher Gewalt hat, ist Inhaber.“ (*Johow*, Entwurf, S. 23).

⁴ Motive, Band III, S. 81 (= *Mugdan*, Band III, S. 44).

⁵ Vgl. die Nachweise zur älteren Literatur bei *Rosenberg*, vor § 854, Anm. 2.

⁶ *Savigny*, Recht des Besitzes, § 1, S. 26.

⁷ *Savigny*, Recht des Besitzes, § 1, S. 26, Fn. 1.

⁸ *Jhering*, Über den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl. 1869, S. 179.

te *Jhering* dem Umstand Rechnung tragen, dass zwar Heuhaufen auf dem Felde oder Baumaterialien auf dem Bauplatz zurückgelassen werden, ohne dass dadurch der Besitz an diesen Sachen untergehe, dass dies jedoch z.B. nicht für Wertsachen am gleichen Ort gelte.⁹ Auch diesem Ansatz stehen jedoch Bedenken entgegen. Abgesehen davon, dass schon die Prämisse *Jherings* vom Schutz des Eigentums durch den Besitz jedenfalls unter der Geltung des BGB nicht überzeugen kann,¹⁰ führt auch die Verknüpfung des Besitzbegriffs mit der ökonomischen Zweckbestimmung einer Sache in die falsche Richtung. Entweder man weist diese Zweckbestimmung dem Besitzer selbst zu, dann verliert dieses Kriterium indessen jegliche Kontur; oder aber man beurteilt die Zweckbestimmung aus der Sicht eines Dritten, dann müsste der Besitzer schon bei atypischen oder unökonomischen Handlungen den Besitz an der Sache einbüßen.

Brodmann kam zu dem Schluss, dass man sich bei dem Versuch der Bestimmung des Besitzbegriffs im Kreis drehe:

„Wir suchen den Tatbestand, an den die Rechtsordnung den Besitzschutz knüpft, und worauf wir hinauskommen ist, dass der Besitz ist, was unter dem Schutz der Rechtsordnung steht. Indessen, diesen Fehler, den Savigny macht, hat von allen, die es unternahmen seine Definition zu verbessern, noch niemand überwunden. Es gibt keine Begriffsbestimmung, die ihn rein vermeidet. Vielleicht ist er überhaupt nicht zu vermeiden, und vielleicht ist es auch gar kein Fehler. Denn so liegt es doch, dass wir, wenn wir uns in Zweifelsfällen fragen, ob Besitz besteht, entstanden oder verloren ist, unwillkürlich so verfahren, dass wir den tatsächlichen Zustand darauf prüfen, ob er des Besitzschutzes nach allen Richtungen, in denen dieser gilt, würdig ist oder nicht.“¹¹

Dagegen versuchte *Martin Wolff* den Besitzbegriff als Homonym zu erklären, da das Gesetz das Wort „Besitz“ in einem dreifachen Sinne verwende, zum einen als tatsächliche Sachherrschaft, zum anderen als Bezeichnung für jeden Tatbestand, an den die Besitzfolgen geknüpft sind, auch wenn sich dieser Tatbestand nicht als Sachherrschaft darstelle und schließlich als Inbegriff der an die Sachherrschaft oder den ihr gleichgestellten Tatbeständen geknüpften Rechte.¹² Diese Aussage verdeutlicht zwar die Vielschichtigkeit des Phänomens „Besitz“, hilft jedoch für die eigentliche Begriffsbestimmung nicht weiter. Der erste Bedeutungsgehalt umfasst, wie noch zu zeigen sein wird, nicht alle Fälle des Besitzes, während die beiden übrigen für die inhaltliche Bestimmung des Besitzes selbst nichts hergeben. *Mühl* geht demgegenüber davon aus, dass sich der Besitz unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs immer mehr „vergeistigt“ habe. In seiner ursprünglichen Bedeutung bezeichne „Besitz“ eine rein tatsächliche Beziehung und sei die tatsächliche

⁹ *Jhering*, a.a.O., S. 179 f.

¹⁰ Dazu näher unten, 2. Kapitel, B. II. 1. a, 2. a (S. 33, 38).

¹¹ *Planck/Brodmann*, vor § 854, Anm. 3 (S. 31).

¹² *M. Wolff*, Sachenrecht, 2. Aufl. 1913, § 3 II (S. 9 f.).

Herrschaft einer Person über eine Sache im Gegensatz zum Eigentum als rechtlicher Herrschaft. Dieser Besitztatbestand habe in der modernen Rechtsordnung einen Wandel dadurch erfahren, dass sich das Verhältnis zwischen Besitzer und Sache in zunehmendem Maße vergeistigt und immer mehr rechtliche Elemente in sich aufgenommen habe, unter gleichzeitiger Lockerung des faktischen Bandes. Eine Betrachtung der verschiedenen Erscheinungsformen des Besitzes zeige geradezu eine Stufenleiter der Vergeistigung; sie führe vom unmittelbaren Besitz, bei dem das tatsächliche Band am stärksten sei, über die Besitzdienerschaft und über den mittelbaren Besitz zum Besitz des Erben, bei dem es, solange der Erbe die Nachlassgegenstände nicht wirklich in seine Gewalt bekommt, an einer tatsächlichen Sachherrschaft überhaupt fehle.¹³

Trotz des verworrenen Bildes, das die Bestandsaufnahme offenbart, besteht kein Anlass, von einer näheren Konkretisierung des Besitzbegriffs abzusehen oder blumige Formulierungen zu bemühen. Will man festen Boden gewinnen, ist es für den vorliegenden Zusammenhang notwendig, zwei Fragen klar zu trennen. Zum einen stellt sich das Problem, den Begriff des unmittelbaren Besitzes, den das Gesetz unverkennbar als Grundform des Besitzes voraussetzt, zu definieren. Zum anderen muss die Frage beantwortet werden, in welchem Verhältnis die verschiedenen Besitzformen des Gesetzes zueinander stehen und ob sie sich alle unter einen einheitlichen Oberbegriff subsumieren lassen.

I. Zum Begriff des unmittelbaren Besitzes

Die herrschende Auffassung geht zutreffend von den Regelungen über Erwerb und Verlust des Besitzes in den §§ 854, 856 BGB aus und folgert daraus, dass unmittelbarer Besitz tatsächliche Sachherrschaft erfordert.¹⁴ Unmittelbarer Besitz lässt sich somit als die von einem entsprechenden Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft definieren. Tatsächliche Sachherrschaft ist dabei die nach der Verkehrsauffassung geachtete Einwirkungsmöglichkeit einer Person auf eine Sache. Wie weit die Sachherrschaft reicht, entscheidet sich folglich nicht nach der Möglichkeit, Fremdeinwirkungen abzuwehren, sondern nach den Maßstäben des Verkehrs. Dies beruht auf der Erkenntnis, dass in einer entwickelten Rechts- und Gesellschaftsordnung die Gemeinschaft jedem einzelnen einen individuellen Organisations- und Herrschaftsbereich zugesteht und die Einordnung eines Gegenstandes in diesen Bereich grundsätzlich billigt und achtet. Diese drückt sich nicht zuletzt in einer allgemeinen natürlichen Scheu aus, Gegenstände, die sich in einer solchen fremden Sphäre befinden, einfach an sich zu nehmen.¹⁵ Man kann diese geach-

¹³ Soergel/Mühl, vor § 854, Rn. 4.

¹⁴ Vgl. nur BGHZ 101, 186 (188) = NJW 1987, 2812 (2813); Baur/Stürner, § 7, Rn. 5; Schwab/Prütting, Rn. 51/52; a. A. zuletzt Hartung, S. 31.

¹⁵ K. Müller, Rn. 80, spricht zutreffend von einer „sozialen Hemmschwelle“.

tete Einwirkungsmöglichkeit auch als eine von Dritten zu respektierende „faktische Tabusphäre“ bezeichnen.¹⁶ Wenn zum Teil zur Bestimmung der Sachherrschaft auf die Wahrscheinlichkeit, Gewalt über die Sache ausüben zu können, abgestellt wird,¹⁷ liegt darin kein abweichender Prüfungsmaßstab, sondern eine komplementäre Überprüfung der Verkehrsauffassung, denn die Wahrscheinlichkeit der Durchsetzung beruht nicht zuletzt auf der Bereitschaft der Rechtsgenossen, die Beziehung zu der Sache zu respektieren.¹⁸

Den Rückgriff auf die Verkehrsauffassung oder –anschauung als gefährliche Leerformel zu geißeln,¹⁹ besteht kein Anlass. Dass zur Bestimmung rechtlicher Grenzen auf die Sichtweise der beteiligten Verkehrskreise abgestellt wird, ist auch sonst innerhalb (§§ 138, 242 BGB) und außerhalb (§§ 1, 3 UWG) des BGB nicht ungewöhnlich und rechtfertigt sich gerade durch die Verwurzelung der Achtung fremder Sachherrschaft in der allgemeinen Auffassung der redlichen Rechtsgenossen. Freilich darf der Hinweis auf eine vermeintliche Verkehrsanschauung oder –auffassung nicht als Begründungsersatz für das eigene Vorverständnis des Richters instrumentalisiert werden. Gerade in Grenzfällen sind daher auch die Gerichte nicht der Aufgabe enthoben, ihre Einschätzung der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung der weiteren Umstände, wie räumlicher Nähebeziehung, typisches Verhalten der Beteiligten und Verkehrsgewohnheiten oder Usancen, darzulegen und zu begründen. Ergibt diese Prüfung kein hinreichend eindeutiges Bild, ist mit *Brodmann* im Zweifel danach zu entscheiden, ob der betreffende tatsächliche Zustand bei wertender Betrachtung Besitzschutz verdient oder nicht.²⁰ Diese Anknüpfung rechtfertigt sich aus der spezifischen Präventionsfunktion der Besitzschutzregelungen.²¹ Da die §§ 858 ff. BGB in erster Linie Dritte davon abhalten sollen, den gegebenen Besitzstand auf eigene Faust zu ändern, muss der betreffende Zustand im Interesse des Rechtsfriedens seines Bestandes würdig sein.

Ob es allerdings glücklich ist, den Ausdruck der tatsächlichen Gewalt als „Elementarbegriff des allgemeinen Bewusstseins“ zu bezeichnen,²² erscheint fraglich. Diese Formulierung legt das Verständnis eines feststehenden Begriffsinhalts nahe, den der Richter lediglich festzustellen und zu übernehmen habe und war daher als „Verweisungstheorie“ Gegenstand der Kritik *Hecks*.²³

¹⁶ *Westermann/Gursky*, § 9 I 4 (S. 73); ähnlich *Schönke/Schroeder/Eser*, StGB, § 242, Rn. 24: „fremde Tabusphäre“.

¹⁷ *Kegel*, in: FS f. v. Caemmerer, S. 149 (167 ff.); *Wieling*, Sachenrecht I, § 4 I 1 a (S. 132 f.).

¹⁸ *Staudinger/Bund*, § 854, Rn. 6.

¹⁹ *MünchKomm/Joost*, § 854, Rn. 4; *Ernst*, Eigenbesitz, S. 42 f.; *Hartung*, S. 128.

²⁰ Ebenso *Westermann/Gursky*, § 9 I 4.

²¹ Dazu im Einzelnen unten, 2. Kapitel, B. II. 2. d (S. 40 ff.).

²² *Westermann/Gursky*, § 9 I 1; *Wieling*, Sachenrecht I, § 4 I 1 a (S. 131 f.); *Wolff/Raiser*, § 5 III (S. 25) m. w. N. zur älteren Literatur.

²³ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 5, 4 (S. 19 f.).

Sein Hinweis auf die Unabgegrenztheit der Alltagsvorstellungen von „tatsächlicher Gewalt“ und „tatsächlicher Sachherrschaft“, aus der er den „Blankettcharakter“ des Besitzbegriffs folgert, ist insofern berechtigt, als dadurch die selbständige rechtliche Würdigung des tatsächlichen Zustandes als Besitz im Rechtssinne eingefordert wird. Allerdings liegen beide Auffassungen in diesem Punkt weit enger zusammen, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Auch die auf *Levin Goldschmidt* zurückgehende Lehre vom Elementarbesitzbegriff²⁴ verfolgte nicht das Ziel, den Richter an in der Verkehrsanschauung feststehende Kriterien zu binden. Ihr Bestreben war es vielmehr, gegenüber der seinerzeitigen Doktrin weniger die Sichtweise des Besitzers als die Einschätzung des Verkehrs zu betonen.²⁵ Wichtiger ist demgegenüber das Problem der Statik des Besitzbegriffs. *Heck* folgerte weiter aus dem Blankettcharakter des Besitzes, dass sein Vorliegen durch Interessenabwägung festzustellen sei, wobei es auf eine „Einfügung in die Interessensphäre“ des Einzelnen ankomme. Wegen der verschiedenen Wertideen des Besitzrechts könne diese Interessenabwägung jedoch bei ein und demselben Tatbestand im Hinblick auf die unterschiedlichen Funktionen zu unterschiedlichen Ergebnissen und damit zu einer relativen Begriffsbestimmung kommen.²⁶ Relevant wird dies vor allem, wenn für den Verkehr der Eindruck entsteht, dass eine bestimmte Person Besitzer ist, während in Wirklichkeit ein anderer die tatsächliche Gewalt innehat. Schulfall ist der Verkauf eines Geschäfts an den bisherigen Angestellten, der den Betrieb unter der Firma des Veräußerers fortführt und weiter als Angestellter auftritt, so dass der Inhaberwechsel nicht kundbar wird. Nach der Lehre vom relativen Besitzbegriff stehen dem Erwerber als unmittelbarem Besitzer zwar die Besitzschutzrechte der §§ 858 ff. BGB zu, doch soll die Zeichenwirkung immer noch zugunsten des Veräußerers wirken, so dass z. B. Schadensersatzleistungen mit befreiender Wirkung an ihn erbracht werden können, § 851 BGB.²⁷ Der zweite Fall, der regelmäßig für den relativen Besitzbegriff angeführt wird, ist die eigenmächtige Veräußerung einer Sache durch einen Besitzdiener. Ist die Stellung des Besitzdieners für den Verkehr nicht erkennbar, weil er nach außen hin wie ein selbständiger Besitzmittler auftritt, hängt die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs bei strikter Anwendung der §§ 855, 935 BGB von der vielleicht nur zufälligen Position des Veräußerers als Besitzdiener oder Besitzmittler ab. Paradefall ist der Handlungsreisende, der Warenmuster unterschlägt. Um einen hier sichtbar werdenden Wertungswiderspruch zu vermeiden, wird ebenfalls eine Spaltung des Besitz-

²⁴ *L. Goldschmidt*, in: FG f. Gneist, 1888, S. 61 (65) = Studien zum Besitzrecht, 1888, S. 3; ders., Vermischte Schriften, 1901, S. 78.

²⁵ Zutreffend *Staudinger/Bund*, vor §§ 854 ff., Rn. 38.

²⁶ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 5, 6 u. 7 (S. 21 f.); dem folgend *Schmelzeisen*, AcP 136 (1932), 38 ff., 129 ff.

²⁷ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 6, 6 a; *Schmelzeisen*, AcP 136 (1932), 38 (39).

begriffs befürwortet, die dazu führt, dass dem Prinzipal der Besitzschutz zukommt, während der Besitzdiener für die Zeichenfunktion als unmittelbarer Besitzer behandelt wird.²⁸ Gegen die Lehre vom relativen Besitzbegriff spricht freilich, dass sich dem Gesetz für einen gespaltenen Besitzbegriff keinerlei Anhaltspunkte entnehmen lassen. Es kommt hinzu, dass man bei den problematischen Fällen in der strikten Anwendung des Gesetzes durchaus keinen Wertungswiderspruch erkennen muss.²⁹ Dafür spricht vor allem, dass sich § 935 Abs. 1 BGB die Wertung entnehmen lässt, dem Willen des unmittelbaren Besitzers den Vorrang vor dem Verkehrsschutz einzuräumen. Selbst wenn man aber das Ergebnis für korrekturbedürftig erachtet, ist hierfür die entsprechende Anwendung der Rechtsscheinsgrundsätze gegenüber einer Spaltung des Besitzbegriffs vorzugswürdig.³⁰ Man muss dann zwar den Einwand überwinden, dass das Gesetz bei der Ermittlung der wahren Besitzlage nicht auf den Anschein unmittelbaren Besitzes abstellt, so dass der gute Glaube an eine nicht gegebene Besitzlage nicht geschützt wird. Hierzu ließe sich immerhin auf das Veranlassungsprinzip als Zurechnungselement verweisen. Ein solcher Weg hätte aber immer noch den Vorteil, weit geringer in das System des Besitzrechts einzugreifen, als die prinzipielle Annahme eines gespaltenen Besitzbegriffs.

An die Lehre vom relativen Besitzbegriff knüpft auch *Ernst* an, indem er die Schutzfunktion der §§ 854 ff. BGB strikt von der Zeichenfunktion nach den §§ 929 ff. BGB trennt.³¹ Für ihn hat daher der in den §§ 854 ff. BGB geregelte Besitz als Voraussetzung des possessorischen Besitzschutzes (*possessio ad interdicta*) nichts zu tun mit dem Besitz als Voraussetzung für den Rechtsenerwerb (*possessio ad usucapionem*). Als diesen letzteren, für die Zeichenfunktion maßgeblichen Besitz betrachtet *Ernst* den Eigenbesitz, der somit für ihn keinen Unterfall des Besitzes nach den §§ 854 ff. BGB, sondern eine eigenständige Besitzform darstellt.³² Daraus zieht *Ernst* weiter die Konsequenz, dass die §§ 854 ff. BGB innerhalb der §§ 929 ff. BGB nicht anwendbar seien,

²⁸ *Schmelzeisen*, AcP 136 (1932), 129 (149).

²⁹ So auch RGZ 71, 248 (251); 106, 4 (6); *Baur/Stürner*, § 52, Rn. 39; *Brehm/Berger*, Rn. 27.81; *Schwab/Prütting*, Rn. 76; *Staudinger/Bund*, § 855, Rn. 28; *Westermann/Gursky*, § 49 I 6 (S. 405 f.).

³⁰ In diesem Sinne *Erman/Michalski*, § 935, Rn. 6; *H. Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, S. 107 f.; *Westermann*, Sachenrecht, 5. Aufl., § 49 I 6 (S. 238); noch weitergehend *K. Schmidt*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 579 (597 f.), der in Anknüpfung an Art. 306 Abs. 4 ADHGB ein Abhandenkommen stets verneint, wenn der weggebende Besitzdiener „Obhutsgehilfe“ ist. Eine Einschränkung des § 935 BGB befürwortet auch *J. Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, S. 250 f., 404 f., mit der Begründung, der Besitzer habe dem Besitzdiener die Besitzverschaffungsmacht eingeräumt und dadurch den Rechtsverkehr gefährdet; dagegen *Westermann/Gursky*, § 49 I 6 (S. 406).

³¹ *Ernst*, Eigenbesitz, S. 26.

³² *Ernst*, Eigenbesitz, S. 25 f., 38 ff.

so dass auch bei eigenmächtiger Veräußerung durch den Besitzdiener gutgläubiger Erwerb möglich sei.³³ Diese Lehre ist allerdings zu Recht auf nahezu vollständige Ablehnung gestoßen.³⁴ Schon die systematische Verschränkung von Eigenbesitz und possessorischem Besitzschutz in den §§ 854 ff., 872 BGB trotz der Tatsache, dass der Eigenbesitz für den possessorischen Besitzschutz gerade irrelevant ist, spricht dagegen, dass die §§ 854 ff. BGB für die Zeichenfunktion nicht anwendbar sind. Es kommt hinzu, dass § 935 Abs. 1 S. 2 BGB unmissverständlich in direkter Anknüpfung an §§ 854, 868 BGB zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer trennt. *Ernst* stützt sich maßgeblich auf die in den Protokollen enthaltene Aussage, dass die Vorschriften des betreffenden Abschnitts (= §§ 854 ff. BGB) auf den Besitz als Voraussetzung des Besitzschutzes zu beschränken seien und sieht darin eine „Grundentscheidung des Gesetzgebers“.³⁵ Die Materialien sind in dieser Beziehung allerdings keineswegs so eindeutig, wie dies auf den ersten Blick erscheint. Noch in den Motiven war davon die Rede, dass die Besitzvorschriften feststellen sollten, was Besitz ist, um dadurch eine häufig vorkommende Voraussetzung von Rechtsnormen in anderen Abschnitten zu bestimmen.³⁶ Davon scheint die Zweite Kommission dann in der Tat abzurücken, wenn festgehalten wird,

„dass es sich im Interesse der Klarheit des Gesetzes empfehle, die Vorschriften dieses Abschnitts auf den Besitz als Voraussetzung des Besitzschutzes zu beschränken, dagegen diejenigen Bestimmungen wenigstens zunächst auszuschneiden, welche den Besitz als Voraussetzung anderer, insb. Auf das Eigenthum bezüglicher, Rechtsnormen betreffen.“³⁷

Betrachtet man aber die dann gestrichenen Vorschriften der §§ 798–809 E I, so zeigt sich zweierlei. Zum einen betreffen diese Normen gerade nicht nur den Besitz als Voraussetzung anderer Vorschriften, sondern regeln zum Beispiel näher den Erwerb und Verlust des Besitzes selbst.³⁸ Zum anderen ergibt sich aus den Einzelbegründungen, dass die betreffenden Vorschriften durchweg als überflüssig oder selbstverständlich gestrichen wurden.³⁹ Die Aussage über die Beschränkung der Besitzvorschriften auf ihre Besitzschutzfunktion bleibt danach in ihrer Intention zumindest unklar. Keinesfalls lässt sich damit eine „Grundentscheidung“ des Gesetzgebers ablesen. Es ist auch sonst nichts dafür ersichtlich, dass den Besitzregelungen nur ein derart beschränktes Anwendungsfeld eröffnet ist. Die Vorschrift des § 854 BGB auf eine Nominalde-

³³ *Ernst*, Eigenbesitz, S. 33 f.

³⁴ Dagegen *Brehm/Berger*, Rn. 2.4, Fn. 8; *Westermann/Gursky*, § 12 II 4 (S. 89 f.); *Wieling*, NJW 1993, 510 f.; *Wilhelm*, Rn. 400, Fn. 1; *Staudinger/Bund*, § 872, Rn. 3; dem methodischen Ansatz von *Ernst* zustimmend *MünchKommJoost*, vor § 854, Rn. 13, Fn. 30.

³⁵ So *Ernst*, Eigenbesitz, S. 25.

³⁶ Motive, Band III, S. 78 (= *Mugdan*, Band III, S. 43); vgl. auch unten, 2. Kapitel, A.

³⁷ Protokolle, Band III, S. 28 (= *Mugdan*, Band III, S. 502).

³⁸ Vgl. ausdrücklich Protokolle, Band III, S. 33 (= *Mugdan*, Band III, S. 505) zu § 801 E I.

³⁹ Protokolle, Band III, S. 33 f. (= *Mugdan*, Band III, S. 505 f.).

definition zu reduzieren, aus der sich ergebe, dass Besitzer derjenige sei, der possessorisch geschützt ist,⁴⁰ läuft auf einen Zirkelschluss hinaus. Der Begriff des Eigenbesitzes selbst bleibt bei *Ernst* unscharf. Es soll sich bei ihm um eine „elementare Lebensatsache“ handeln, um die Tatsache nämlich, dass jemand eine Sache wie der Eigentümer in Anspruch nimmt.⁴¹ Trotz des Anklangs an die Lehre vom Elementarbegriff nach *Goldschmidt* verwirft *Ernst* jedoch ausdrücklich den Rückgriff auf die Verkehrsauffassung zur Feststellung des Eigenbesitzes.⁴² Da die Begründung beschränkter dinglicher Rechte zum Teil ebenfalls an die Besitzverschaffung geknüpft ist, muss *Ernst* außerdem auch den Pfandgläubiger und Nießbraucher als Eigenbesitzer ansehen.⁴³

Nach alledem führt die Lehre vom relativen Besitzbegriff in ihren verschiedenen Spielarten nicht weiter. Sie lässt sich nicht überzeugend in die Systematik des geltenden Rechts einfügen und bringt in den entscheidenden Fällen keinen substanziellen Vorteil, da sich die gleichen Ergebnisse, wenn man eine Korrektur der unmittelbaren Anwendung der §§ 854 ff. BGB überhaupt für erforderlich hält, mit anderen, weniger weit reichenden Mitteln erzielen lassen. Ihr berechtigtes Anliegen hat die Lehre insoweit, als sie gemahnt, nicht unbesehen die Besitzregelungen im Kontext der Erwerbstatbestände anzuwenden. Dem kann man jedoch bereits dadurch Rechnung tragen, dass man die §§ 854 ff. BGB stets in ihrer spezifischen Wirkungsweise innerhalb der Eigentumsnormen überprüft.

II. Das Verhältnis der verschiedenen Besitzformen zueinander

Durch die Anknüpfung an die tatsächliche Gewalt bei Erwerb und Verlust des Besitzes, §§ 854 Abs. 1, 856 Abs. 1 BGB, kommt zum Ausdruck, dass das Gesetz vom unmittelbaren Besitz als Grundform des Besitzes ausgeht. Hinter dem unmittelbaren Besitz bleibt der Besitzdiener nach § 855 BGB insofern zurück, als er zwar die Sache physisch in Händen hält, vom Gesetz aber gerade nicht als Besitzer behandelt wird. Umgekehrt sprechen die §§ 857, 868 BGB den Besitz auch Personen zu, die unter Umständen aktuell überhaupt keine Möglichkeit haben, auf den betreffenden Gegenstand einzuwirken. Um beurteilen zu können, in welcher Beziehung diese verschiedenen Besitzausprägungen zueinander stehen und ob sie sich sinnvoll unter einen gemeinsamen Oberbegriff einordnen lassen, ist zunächst auf die Struktur der Besitzdienerschaft, des Erbenbesitzes und des mittelbaren Besitzes einzugehen.

⁴⁰ *Ernst*, Eigenbesitz, S. 33.

⁴¹ *Ernst*, Eigenbesitz, S. 39 f., 300.

⁴² *Ernst*, Eigenbesitz, S. 300 f.

⁴³ *Ernst*, Eigenbesitz, S. 26 f., Fn. 4, 9, 14: „funktional“, „im Wesentlichen übereinstimmend“, „gleichgestellt“.

Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, der wird im Anschluss an *Bekker*⁴⁴ als Besitzdiener bezeichnet, während § 855 BGB nur den anderen, weisungsberechtigten zum Besitzer erklärt. Zum Teil wird darin eine auf praktischen Bedürfnissen beruhende Abweichung vom Begriff des Besitzes im Sinne einer tatsächlichen Sachherrschaft gesehen, die den Besitz von einem Rechtsverhältnis abhängig mache, ähnlich wie bei §§ 857, 868 BGB.⁴⁵ Diese Auffassung ist jedoch in einem doppelten Sinne unzutreffend. Zum einen wird durch § 855 BGB keine Abhängigkeit des Besitzes von einem Rechtsverhältnis geschaffen. Ein wirksames Rechtsverhältnis zwischen dem Besitzdiener und dem Besitzherrn ist nach ganz überwiegender und zutreffender Auffassung gerade nicht Voraussetzung.⁴⁶ Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Unterordnung des einen unter den Willen des anderen. Zum anderen stellt § 855 BGB keine Abweichung, sondern lediglich eine Klarstellung des § 854 BGB dar. Die Vorschrift wurde von der Zweiten Kommission auf Vorschlag des preußischen Justizministeriums in das BGB aufgenommen, um Missverständnissen vorzubeugen. Die Regelung bezweckte keine Änderung, sondern eine Ergänzung und Erläuterung der Grundnorm des § 854 Abs. 1 BGB,⁴⁷ da man bei Erlass des BGB ganz selbstverständlich davon ausging, dass nach der allgemeinen Verkehrsanschauung in Abhängigkeitsverhältnissen wie Haushalt und Erwerbsgeschäft nicht dem Angestellten, sondern dem Inhaber die tatsächliche Sachherrschaft zukomme.⁴⁸ Als Grundsatz sei festzuhalten, dass man seinen Besitz nicht nur durch eigene Handlungen ausüben könne, sondern auch indem man einen anderen derart als Werkzeug benutze, dass der andere den Anweisungen des Besitzherrn unbedingt Folge zu leisten habe. Dies sei nicht nur in der Weise möglich, dass jemand den Besitzherrn im Einzelnen bei der Ausübung der tatsächlichen Gewalt unterstütze oder einen Teil derselben für ihn ausübe, wie zum Beispiel der Kutscher, der die Pferde lenke, sondern auch so, dass jemand vollständig und allein die tatsächliche Gewalt für den Besitzherrn erwerbe, wie etwa der Dienstbote, der für die Herrschaft Einkäufe in einem Laden

⁴⁴ *Bekker*, JherJb 34 (1895), I (26, 42).

⁴⁵ *MünchKomm/Joost*, § 855, Rn. 1.

⁴⁶ Vgl. etwa *Staudinger/Bund*, § 855, Rn. 11; *Wieling*, Sachenrecht I, § 4 IV 1 a (S. 159); *Westermann/Gursky*, § 10 II 3.

⁴⁷ Protokolle III, S. 31 (= *Mugdan*, Band III, S. 504).

⁴⁸ *Planck/Brodmann*, BGB, 5. Aufl. 1933, § 855, Anm. 1 u. 2; *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II, 6. Aufl. 1900, § 33 (S. 130 f.); *Sokolowski*, Der Besitz, 1907, S. 241 f.; *Biermann*, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914, Anm. 1 zu § 855; *Crome*, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Band III, 1905, § 344 II (mit Fn. 18) m. w. N.; teilweise a. A. *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 8. Aufl. 1900, S. 691; *Last*, JherJb 63 (1913), 71 (117 ff.); *Staudinger/Kober*, BGB, 9. Aufl. 1926, § 855, Anm. II 1 u. 4.

make.⁴⁹ Wenn man § 855 BGB als Ausnahme von § 854 BGB begreift, stellt man folglich in unzulässiger Weise nur auf das schlichte „In-Händen-Halten“ ab, ohne die grundsätzlich bei der Bestimmung der tatsächlichen Gewalt nach § 854 BGB heranzuziehende Verkehrsanschauung zu berücksichtigen. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich der Weisungsabhängige in räumlicher Nähe zum Besitzherrn befindet oder nicht.⁵⁰ Dies verdeutlichen auch die in den Materialien angesprochenen Beispiele. Ob der Kutscher nahe bei dem Herrn ist oder der Diensthote sich irgendwo in der Stadt aufhält, ist letztlich nicht entscheidend. Maßgeblich ist allein, dass der Besitzherr seine Herrschaft über die Sache durch die Bereitschaft des Besitzdieners, Weisungen zu befolgen, ausüben kann. Mögen diese Beispiele heute auch nicht mehr zeitgemäß sein,⁵¹ so hat sich an dem Prinzip der Sachherrschaft durch ein „Werkzeug“, die vom Verkehr durchaus dem Weisungsbefugten zugeordnet wird, doch nichts geändert. Man kann es daher vielleicht als Ironie der Geschichte bezeichnen, dass ausgerechnet die als Klarstellung gedachte Vorschrift des § 855 BGB den Blick so sehr auf die räumlich-körperliche Beziehung zur Sache verengt hat, dass die Regelung heute verbreitet als Ausnahme zu § 854 BGB verstanden wird.⁵²

Auch über die Rechtsnatur des Erbenbesitzes herrscht bis heute keine Einigkeit. Während manche den Erbenbesitz als echten Besitz begreifen,⁵³ sprechen andere von „vergeistigter Sachherrschaft“.⁵⁴ Daneben findet sich die Einordnung des § 857 BGB als schlichte Fiktion,⁵⁵ während die heute herrschende Auffassung in dem Erbenbesitz einen besonderen, von tatsächlicher Sachherrschaft losgelösten Besitztatbestand erblickt, durch den das Gesetz alle Wirkungen des Besitzes des Erblassers auf den Erben übertrage.⁵⁶ Dass

⁴⁹ Protokolle, Band III, S. 31 f. (= *Mugdan*, Band III, S. 504).

⁵⁰ A. A. *Westermann/Gursky*, § 10 I 1 (S. 77 f.), der § 855 BGB für Fälle größerer räumlicher Distanz eine über § 854 BGB hinausgehende Funktion zumisst.

⁵¹ *Baur/Stürner*, § 7, Rn. 69, sprechen angesichts des Zuges zum abhängigen Arbeitsverhältnis nicht ganz zu Unrecht davon, dass wir mehr und mehr zu einem „Volk von Besitzdienern“ werden. Zahlen zur Entwicklung bei *Enders*, *Der Besitzdiener*, 1991, S. 25.

⁵² Vgl. etwa *Baur/Stürner*, § 7, Rn. 63, wo von einem „Kunstgriff“ die Rede ist.

⁵³ *Sandtner*, *Kritik der Besitzlehre*, 1968, S. 68.

⁵⁴ *Baur/Stürner*, § 8, Rn. 2; auch *Siebert*, *ZHR* 93 (1929), 1 (12), sprach in diesem Zusammenhang bereits von der „Theorie der vergeistigten Sachherrschaft“.

⁵⁵ *Wieling*, *Sachenrecht I*, § 4 V 1 b (S. 168); früher bereits *Müller-Erzbach*, *JherJb* 53 (1908), 331 (367). In diesem Sinne auch *Lange*, in: FS f. Felgentraeger, S. 295 (298), der seine Konsumtionslehre dadurch erklärt, dass die Schutzfunktion des „fingierten Besitzes“ nach § 857 BGB durch die des realen vollendet werde, wenn der Erbe den „realen“ Erbenbesitz an den Nachlassgegenständen ergriffen hat; dies entspricht der Unterscheidung von „Verkehrsbesitz“ (nach § 854 BGB) und „juristischem Besitz“ (nach § 857 BGB) im Sinne von *Kress*, *Besitz und Recht*, 1909, S. 186 ff., 189 ff. Für die von *Siebert*, *ZHR* 93 (1929), 1 (17 f.), befürwortete analoge Anwendung der Besitzschutzvorschriften auf den Erbenbesitz fehlt dagegen nach §§ 854, 857 BGB bereits die erforderliche Regelungslücke.

⁵⁶ BGH, LM Nr. 6 zu § 836 BGB = JZ 1953, 706; *MünchKomm/Joost*, § 857, Rn. 3 f.; *Staudinger/Bund*, § 857, Rn. 3 f.; *Schreiber*, Rn. 84; *Hartung*, S. 252; *Wilhelm*, Rn. 449, spricht von

der Erbe sogleich mit dem Erbfall tatsächliche Sachherrschaft im Sinne des § 854 BGB erlangt, wird man nicht ernstlich vertreten können. Zwar mag man noch über eine eventuelle Ortsabwesenheit des Erben unter dem Blickwinkel der Verkehrsauffassung hinwegkommen, wie man auch dem Verreisenden im Allgemeinen die fortbestehende Sachherrschaft an zurückgelassener Wohnung oder Fahrzeug zubilligt. Im Unterschied zu diesem muss der Erbe jedoch nicht einmal Kenntnis von dem Gegenstand der Sachherrschaft oder überhaupt vom Erbfall gehabt haben. In diesem Fall fehlt folglich der für die Sachherrschaft erforderliche Herrschaftswille. Die Formulierung von der „vergeistigten Sachherrschaft“ führt demgegenüber nicht weiter, sondern allenfalls in die Irre, da von dem Kernelement der tatsächlichen Sachherrschaft abgelenkt und der Besitzbegriff dadurch verwässert wird. Das Ziel des § 857 BGB bestand erklärtermaßen darin, durch eine einfache, den Bedürfnissen des Lebens und der Rechtssicherheit entsprechende Gestaltung den Nachlass in der Zeit zwischen dem Tode des bisherigen Besitzers und der Besitzergreifung der zu dem Nachlass gehörenden Sachen durch den Erben gegen Eingriffe Dritter zu sichern.⁵⁷ Zu diesem Zweck sollten dem Erben bereits mit dem Erbfall die Besitzschutzansprüche zukommen. Es ging daher bei § 857 BGB im Grunde nur darum, den Erben, der keine tatsächliche Gewalt über die Nachlassgegenstände ausübt, dem Erben mit tatsächlicher Sachherrschaft gleichzustellen, um die an den Sachbesitz geknüpften Rechtsfolgen auszulösen. Damit handelt es sich bei § 857 BGB in Wirklichkeit um eine Fiktion, denn eine solche ist als gesetzestechnische Verweisung dadurch gekennzeichnet, dass das Gesetz bewusst zwei ungleiche Tatbestände gleichstellt, um eine bestimmte Rechtfolge eintreten zu lassen.⁵⁸

Dem ist immer wieder entgegengehalten worden, das Gesetz könne nicht Tatsachen schaffen, sondern nur Rechte verleihen und daher auch nicht die tatsächliche Sachherrschaft als physisch-reales Verhältnis für jemanden bestimmen, der sie nicht hat.⁵⁹ Diese Argumentation ist indessen schief. Bei der Fiktion geht es nie darum, eine bestimmte Tatsache zu schaffen oder gar „anzuordnen“. Gerade deswegen werden die als ungleich erkannten Tatbestände lediglich rechtlich gleichgesetzt, um daraus gleiche Rechtsfolgen ableiten zu können. Wollte man dies anders sehen, müsste man auch § 119 Abs. 2 BGB die

einem „rein rechtlichen Besitz“. Ähnlich, *Michel*, Probleme des Erbenbesitzes nach § 857 BGB, 1990, S. 23 ff., 42, der den Erbenbesitz als Rechtsposition ohne Sachherrschaft einordnet, diesen aber nach § 1922 Abs. 1 BGB übergehen lässt und § 857 BGB daher nur die Funktion zumsist, den Besitz entgegen § 856 Abs. 1 BGB fortauern zu lassen.

⁵⁷ Denkschrift des Reichsjustizamtes, S. 107 (= *Mugdan*, Band III, S. 962).

⁵⁸ Vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum aus neuerer Zeit nur *Larenz*, Methodenlehre, S. 262; *Brehm*, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 2000, Rn. 41; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Band IV, S. 285; *Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, Rn. 136.

⁵⁹ So zuletzt *Ebenroth/Frank*, JuS 1996, 794 (796); vgl. auch *Binder*, Die Rechtsstellung des Erben, 1901, S. 47; *Wolff/Raiser*, § 12 I 4 (S. 42).

Eigenschaft als Fiktion absprechen, da das Gesetz aus einem Eigenschaftsirrturn keinen Inhaltsirrturn machen kann. Danach verbleibt allenfalls der Einwand, dass das Gesetz in § 857 BGB nicht die für eine Fiktion typische Formulierung „gilt als“ verwendet.⁶⁰ Allerdings ist dies ein rein formalistischer Aspekt, der schon deshalb wenig überzeugt, weil die Gesetzestechnik der Fiktion nicht an eine bestimmte Ausdrucksweise gebunden ist.⁶¹ Vor allem aber unterscheidet sich der Ansatz der herrschenden Auffassung selbst im Grunde überhaupt nicht von einer Fiktion, denn auch sie will den Erben zum Zurechnungsobjekt der Rechtsfolgen, die mit dem Besitztatbestand verbunden sind, machen.⁶² Hat man dies aber erst einmal erkannt, ist es im Interesse einer möglichst klaren und einheitlichen Begriffsbildung allemal vorzuziehen, durch § 857 BGB die tatsächliche Sachherrschaft des Erben fingiert zu sehen, als einen neuen und besonderen, weil von tatsächlicher Sachherrschaft abgelösten Besitztatbestand zu konstruieren, dessen Sonderstellung man nur schwer erklären kann, ohne dass er einen sonstigen Vorteil bietet.

Nicht besser sieht es bei der dogmatischen Einordnung des mittelbaren Besitzes aus. Während die einen in ihm nichts weniger als ein Rechtsverhältnis sehen,⁶³ halten andere § 868 BGB ebenfalls für eine gesetzestechnische Fiktion, um auch dem mittelbaren Besitzer bestimmte an den Besitztatbestand gekoppelte Rechtsfolgen zuordnen zu können.⁶⁴ Die herrschende Auffassung nimmt demgegenüber eine mittlere Position ein. Sie spricht zwar von einer „Vergeistigung“ des Besitzes,⁶⁵ begreift den mittelbaren Besitz aber gleich-

⁶⁰ So *Staudinger/Bund*, § 857, Rn. 4; *Hartung*, S. 251; *Michel*, Probleme des Erbenbesitzes nach § 857, 1990, S. 23. *Bund*, Untersuchungen, § 15 (S. 123), geht von einem engeren Fiktionsbegriff aus. Für ihn besteht die Wirkung der Fiktion darin, dass an einen Tatbestand (Fiktionsbasis) die Rechtsfolgen geknüpft werden, die ein anderer Tatbestand (der sog. Fingierter Tatbestand) auslöst. Daraus ergibt sich für ihn die Operationsregel: Zur Gewinnung der Rechtsfolge wird die Fiktionsbasis durch den fingierten Tatbestand ersetzt. Diese Umschreibung der Fiktion erscheint allerdings unnötig beschränkt. Es ist kein sachlicher Grund erkennbar, warum der Gesetzgeber nicht, statt einen fingierten Tatbestand zu formulieren („Auch der Erbe, der noch keine tatsächliche Gewalt über den Nachlass hat, gilt als Besitzer“), sogleich den anderen Tatbestand mit der Fiktionsbasis bezeichnen kann („Der Erbe ist Besitzer“ oder eben „Der Besitz geht auf den Erben über“), solange nur feststeht, dass der Gesetzgeber von der fehlenden Identität der Tatbestände ausgeht. Letzteres ist angesichts der §§ 854, 856 BGB und im Hinblick auf das erklärte Bemühen der Gesetzesverfasser, den Nachlass nicht ohne Schutz zu lassen, außer Zweifel; a. A. zu Unrecht *Michel*, Probleme des Erbenbesitzes nach § 857, 1990, S. 22 f.

⁶¹ Vgl. dazu näher *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 2. Aufl. 1969, S. 30 f.

⁶² Vermittelnd daher *MünchKomm/Joost*, § 855, Rn. 4: „fiktives Element“.

⁶³ *MünchKomm/Joost*, § 868, Rn. 6; *Hartung*, S. 263 ff.

⁶⁴ *Biermann*, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914, § 868, Anm. 1 b, c; *Müller-Erzbach*, JherJb 53 (1908), 331 (364 ff.); *Wendt*, AcP 87 (1897), 40 (49); *Wieling*, Studi Sanfilippo I, S. 713 (730, 741); *ders.*, AcP 184 (1984), 439.

⁶⁵ *Wolff/Raiser*, § 8 III (S. 35); *Erman/Werner*, § 868, Rn. 2; *Westermann/Gursky*, § 17, 5 f (S. 110).

wohl als echte, wenn auch gelockerte Sachherrschaft.⁶⁶ Der mittelbare Besitzer übe seine Sachherrschaft durch den Besitzmittler aus, der die tatsächliche Sachherrschaft für den mittelbaren Besitzer auf Zeit wahrnehme. Gegen die Gleichsetzung des mittelbaren Besitzes mit einem Rechtsverhältnis spricht, dass das Besitzmittlungsverhältnis nach ganz überwiegender und richtiger Auffassung nicht wirksam sein muss.⁶⁷ Besteht aber zwischen Mieter und Vermieter trotz Unwirksamkeit des Mietvertrages ein Besitzmittlungsverhältnis, weil der Mieter tatsächlich seine Herausgabepflicht anerkennt, so folgt daraus noch nicht, dass allein durch den mittelbaren Besitz Rechte und Pflichten zwischen Mieter und Vermieter begründet werden. Der mittelbare Besitz selbst kann daher kein Rechtsverhältnis darstellen.⁶⁸ Auch die Vorstellung von einer „gelockerten“ Sachherrschaft vermittelt ein Bild, das den tatsächlich bestehenden Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nicht gerecht wird. Im Gegensatz zum Besitzdiener unterliegt der Besitzmittler typischerweise gerade nicht den Weisungen des mittelbaren Besitzers, soweit diese über die vertragliche Festlegung des Gebrauchs hinaus gehen. Der Mieter kann daher innerhalb des vertragsgemäßen Gebrauchs nach freiem Belieben mit der Mietsache umgehen, so dass dem Vermieter für den Zeitraum der vertraglichen Gebrauchsüberlassung keine Möglichkeit zur Einwirkung auf die Sache zusteht. Zwar wird auch beim unmittelbaren Besitz im Rahmen der Verkehrsanschauung eine gelockerte Zugriffsmöglichkeit akzeptiert, ohne dass dadurch der Bereich der tatsächlichen Sachherrschaft verlassen wird. Daher bleibt auch der Besitz an einem weit entfernt geparkten Fahrzeug erhalten und geht auch der Besitz an einer Wohnung bei einem Auslandsaufenthalt nicht verloren. Jedoch rechtfertigen diese partiellen Ausdehnungen des Begriffs der tatsächlichen Sachherrschaft es nicht, beim mittelbaren Besitz in umgekehrter Weise den Ausnahmefall der fehlenden unmittelbaren Zugriffsmöglichkeit zum Regelfall zu machen.

Es kommt hinzu, dass der mittelbare Besitz stets an den unmittelbaren Besitz gebunden bleibt und zu ihm akzessorisch ist. Der mittelbare Besitz setzt immer den unmittelbaren Besitz voraus. Hat der Besitzmittler selbst noch keinen Besitz begründet, so entsteht auch der mittelbare Besitz noch nicht, mag auch das als Besitzmittlungsverhältnis dienende Rechtsverhältnis zwischen beiden schon vereinbart worden sein. Auch büßt der mittelbare Besitz-

⁶⁶ V. Bruns, *Besitzerwerb*, 1910, S. 40, 155; Heck, *Grundriß des Sachenrechts*, § 8, 1 (S. 31); Rosenberg, § 868, Anm. III 2; Strohal, *JherJb* 38 (1908), 1 (17); Soergel/Stadler¹³, § 868, Rn. 2; Staudinger/Bund, § 868, Rn. 5; K. Müller, Rn. 227; Schapp, Rn. 58; Schwab/Prütting, Rn. 82; zweifelnd Schreiber, Rn. 62 Fn. 81.

⁶⁷ BGH, NJW 1955, 499; Wolff/Raiser, § 8 I 2 (S. 33 f.); Baur/Sürner, § 7, Rn. 45; Wieling, *Sachenrecht I*, § 6 II 1 (S. 216) m.w.N.

⁶⁸ Ebenfalls ablehnend Staudinger/Bund, § 868, Rn. 5; Wieling, *Sachenrecht I*, § 6 I 2 a (S. 215 Fn. 11).