

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 245

# Besitz und Sachherrschaft

Von

Frank Hartung



Duncker & Humblot · Berlin

*Frank Hartung* · Besitz und Sachherrschaft

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 245**

# Besitz und Sachherrschaft

Von  
Frank Hartung



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Hartung, Frank:**

Besitz und Sachherrschaft / von Frank Hartung. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 245)

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1997

ISBN 3-428-09222-8

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-09222-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1996/1997 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum Frühjahr 1998 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Klaus Schreiber, möchte ich an dieser Stelle von ganzem Herzen für die optimale fachliche und persönliche Förderung während der Entstehung dieser Arbeit danken. Herr Professor Schreiber gab nicht nur die Anregung zur Bearbeitung des Themas, ich verdanke ihm auch zahlreiche hilfreiche Hinweise bei der Durchführung des Dissertationsvorhabens. Die Zeit, die ich als Mitarbeiter und Assistent an seinem Lehrstuhl verbringen durfte, war interessant, lehrreich und schön. Ich werde sie immer in sehr guter Erinnerung behalten.

Herrn Professor Dr. Rolf Wank danke ich herzlich für die Übernahme und zügige Erstattung des Zweitgutachtens.

Ferner danke ich Frau Käthe Wissmann für die Geduld und Mühe, die sie bei der Erstellung der Druckvorlage aufgebracht hat.

Ganz besonderer Dank gilt meinen Eltern. Ihre Unterstützung und Ermutigung während meiner Schul- und Studienzzeit haben mir einen Lebensweg eröffnet, der ihnen selbst nicht offen stand. Ihnen widme ich die vorliegende Arbeit in Liebe und Dankbarkeit.

Dortmund, im Herbst 2000

*Frank Hartung*



## Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| <b>A. Gegenstand der Untersuchung</b> .....                          | 17 |
| <b>B. Der Besitzbegriff des BGB</b> .....                            | 21 |
| I. Wortlautauslegung .....   | 21 |
| II. Gleichsetzung des Besitzes mit tatsächlicher Sachherrschaft..... | 23 |
| 1. Weitere Besitztatbestände .....                                   | 25 |
| a) Vergeistigte Sachherrschaft.....                                  | 26 |
| b) Fiktion tatsächlicher Sachherrschaft.....                         | 27 |
| c) Ausklammerung der §§ 857, 868 BGB.....                            | 28 |
| 2. Besitz ohne Sachherrschaft .....                                  | 29 |
| III. Der Besitz als Rechtsverhältnis und subjektives Recht.....      | 31 |
| 1. Die Qualifizierung des Besitzes als subjektives Recht.....        | 32 |
| a) Gesetzliche Vorschriften .....                                    | 33 |
| aa) Wortwahl des Gesetzes .....                                      | 33 |
| bb) Vererblichkeit des Besitzes gemäß § 857 BGB .....                | 34 |
| cc) Historische Erklärung dieses scheinbaren Widerspruchs .....      | 34 |
| dd) Systematische Stellung der §§ 854 ff. BGB.....                   | 35 |
| b) Materielle Prüfung.....   | 36 |
| aa) Das durch den Besitz geschützte Interesse .....                  | 37 |
| (1) Besitzschutz.....  | 37 |
| (a) Rechtsfrieden .....  | 38 |
| (b) Schutz des Persönlichkeitsrechts .....                           | 40 |
| (c) Schutz des Eigentums .....                                       | 42 |
| (d) Kontinuitätsinteresse .....                                      | 44 |
| (aa) Ausschluß liquider Rechtseinwendungen .....                     | 45 |
| (bb) Kontinuitätsschutz anderer Rechtsinstitute.....                 | 46 |
| (cc) Schutz des Diebesbesitzes .....                                 | 47 |
| (2) Materieller Besitzervorzug .....                                 | 50 |
| bb) Zuweisungsgehalt des Besitzes .....                              | 51 |
| cc) Abhängigkeit von weiteren Voraussetzungen .....                  | 54 |
| dd) Spontane Achtung des Besitzes.....                               | 56 |

|   |           |
|---|-----------|
| ee) Fehlende Selbstbehauptungsfähigkeit gegenüber dem Eigentum.....   | 58        |
| ff) "Recht" aus "Unrecht".....  | 59        |
| gg) Dauernde Bindung an tatsächliche Grundlage .....  | 60        |
| hh) Ergebnis .....  | 60        |
| 2. Besitz als Rechtsverhältnis.....   | 61        |
| IV. Exkurs: Die Haftung nach § 823 BGB für Besitzverletzungen.....  | 63        |
| 1. Der Besitz als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB .....                                     | 63        |
| a) Meinungsstand.....   | 63        |
| aa) Ältere Rechtsprechung.....  | 64        |
| bb) Erfordernis einer zusätzlichen Befugnis des Besitzers.....  | 64        |
| cc) Recht zum Besitz als Schutzobjekt .....   | 65        |
| b) Kritik.....  | 66        |
| aa) Kein deliktischer Schutz von Forderungsrechten.....   | 66        |
| bb) Eigentumsähnlichkeit des Besitzes .....   | 68        |
| cc) Ergebnis .....  | 69        |
| 2. § 858 BGB als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.....  | 69        |
| 3. Schadensfragen .....   | 72        |
| a) Substanzschaden.....   | 72        |
| b) Nutzungsschaden.....   | 72        |
| c) Haftungsschaden.....   | 76        |
| d) Verwendungsschaden.....  | 77        |
| e) Ersitzungsschaden .....  | 77        |
| 4. Ergebnis .....   | 78        |
| <b>C. Die Besitztatbestände.....</b>  | <b>79</b> |
| I. Der Besitzerwerbstatbestand des § 854 Abs. 1 BGB.....  | 79        |
| 1. Rechtsgeschichtlicher Überblick über die Bedeutung der tatsächlichen Sachherrschaft für den Besitz ..... | 81        |
| a) Das römische Recht.....  | 81        |
| b) Das germanische Recht .....  | 83        |
| aa) Bedeutung der Gewere.....   | 83        |
| bb) Die Arten der Gewere und deren Erwerb.....  | 84        |
| (1) Fahmisrecht.....  | 84        |
| (2) Liegenschaftsrecht.....   | 85        |
| c) Das gemeine Recht.....   | 87        |
| d) Die Kodifikationen des 18. und des 19. Jahrhunderts in Deutschland.....                                  | 91        |
| e) Die Entstehung der Besitzvorschriften des BGB.....   | 93        |
| aa) Die Vorarbeiten und der Teilentwurf Sachenrecht, 1880.....  | 93        |

|  |     |
|--|-----|
| bb) Die Änderungsvorschläge zum Teilentwurf.....   | 97  |
| cc) Der Entwurf der 1. Kommission .....  | 98  |
| dd) Die Kritik am 1. Entwurf .....   | 101 |
| ee) Der 2. Entwurf (E 2) .....   | 104 |
| f) Schlußfolgerungen .....   | 106 |
| aa) Differenzierung des Besitzbegriffes nach den Besitzfunktionen? .....                                 | 106 |
| (1) Das Besitzrecht des BGB als Folge sich wandelnder<br>Schutzbedürfnisse.....                          | 107 |
| (2) Einheitlichkeit des Besitzbegriffs in der geschichtlichen<br>Entwicklung .....                       | 110 |
| (3) Eigenbesitz als Besitz besonderer "Farbe" .....  | 111 |
| (4) Probleme bei der Gesetzesanwendung .....   | 112 |
| (5) § 836 Abs. 3 BGB .....   | 112 |
| (6) Einschränkungen bei Ernst .....  | 112 |
| bb) Loslösung des Besitzes vom Erfordernis der tatsächlichen<br>Sachherrschaft.....                      | 113 |
| (1) Heranziehung der civilis possessio des gemeinen Rechts.....  | 113 |
| (2) Berücksichtigung der deutschrechtlichen Einflüsse .....  | 116 |
| (3) Die Formulierung des Besitztatbestandes in § 854 Abs. 1 BGB ..                                       | 118 |
| 2. Der Begriff der tatsächlichen Sachherrschaft.....   | 125 |
| a) Die tatsächliche Gewalt als nicht näher zu bestimmender<br>Elementarbegriff .....                     | 125 |
| b) Sachzugriff als Unrecht .....   | 132 |
| c) Sachherrschaft als Wahrscheinlichkeit der Durchsetzung des eigenen<br>Willens .....                   | 133 |
| d) Physische Einwirkungsmöglichkeit.....   | 135 |
| aa) Die Bedeutung der tatsächlichen Sachherrschaft für Erwerb und<br>Aufrechterhaltung des Besitzes..... | 137 |
| bb) Die Beurteilung der Besitzlagen .....  | 138 |
| cc) Der Besitzerwerb durch Ergreifung.....   | 139 |
| e) Schutzwürdiges Kontinuitätsinteresse .....  | 142 |
| aa) "Tatsächliche Gewalt" als Blankettbegriff .....  | 142 |
| bb) Die Entscheidung über den Besitztatbestand .....   | 143 |
| cc) Kritische Würdigung.....   | 144 |
| (1) Bezugnahme auf die §§ 855, 856 Abs. 2, 857 BGB .....   | 144 |
| (2) Kriterien zur Entscheidung der Besitzfrage .....   | 145 |
| (3) Nichtbeachtung des Wortlautes .....  | 147 |
| (4) Relativität des Besitzbegriffs.....  | 147 |
| f) Der Besitz als ein tatsächliches, von Kontinuitätsinteressen getragenes<br>Machtverhältnis.....       | 150 |

|  |     |
|--|-----|
| aa) Tatsächliche Machtbeziehung.....   | 152 |
| bb) Teleologische Auslegung (Kontinuitätsinteresse).....                                       | 153 |
| (1) Der Begriff des Kontinuitätsinteresses .....   | 153 |
| (2) Überwiegende Schutzwürdigkeit.....   | 154 |
| (a) Realisierbarkeit des Interesses.....   | 154 |
| (b) Priorität .....  | 155 |
| (c) Eingriff in das Persönlichkeitsrecht.....  | 156 |
| (d) Rechtliche Interessen .....  | 158 |
| (e) Vertrauenstatbestände .....  | 159 |
| (f) Verhalten der Beteiligten .....  | 159 |
| cc) Ergebnis.....  | 160 |
| (1) Überblick.....   | 160 |
| (2) Der Stellenwert des Kontinuitätsinteresses und seine Begründung.....                       | 161 |
| (3) Relativität des Besitzbegriffes? .....   | 163 |
| dd) Einzelfälle .....  | 164 |
| (1) Nicht auf Dauer angelegte Sachbeziehungen .....  | 164 |
| (2) Jagdfälle .....  | 164 |
| (3) Weit entfernte Gegenstände.....  | 165 |
| (4) Abstellen von Waren vor dem Verkaufsraum .....   | 166 |
| (5) "Ruhwiesen-Fall" .....   | 167 |
| (6) Durch Vertragspflichten eröffnete Einwirkungsmöglichkeit.....                              | 168 |
| 3. Der Besitzwille .....   | 171 |
| a) Der Besitzwille als zwingende Voraussetzung des Besitzes.....                               | 171 |
| aa) Herleitung und Anforderungen .....   | 172 |
| bb) Einfügung in den Organisationsbereich .....  | 174 |
| cc) Aufrechterhaltung des Besitzes.....  | 175 |
| b) Die Irrelevanz des Besitzwillens als selbständiger Bestandteil des Besitztatbestandes ..... | 175 |
| aa) Der Wortlaut des § 854 Abs. 1 BGB.....   | 175 |
| bb) Begriff der "Herrschaft" .....   | 176 |
| cc) Pflichten aus dem Besitzerwerb .....   | 177 |
| dd) § 867 BGB .....  | 178 |
| ee) § 872 BGB .....  | 179 |
| ff) Fälle eindeutiger Zuordnung.....   | 180 |
| gg) Verkehrsanschauung als Grenze des "generellen" Besitzwillens? .....                        | 181 |
| hh) Abschließende Betrachtung der herrschenden Willenstheorie .....                            | 182 |
| ii) Willenserfordernis aufgrund der Einordnung des Besitzes als subjektives Recht? .....       | 183 |

|   |     |
|---|-----|
| jj) Ergebnis .....  | 184 |
| c) Der Besitzwille als bloßer Faktor des schutzwürdigen<br>Kontinuitätsinteresses.....      | 184 |
| d) Einzelfälle .....  | 186 |
| aa) Der verlorene Tausend-DM-Schein (BGHZ 101, 186).....                                    | 186 |
| (1) Kritik aus der Sicht der h.M. ....  | 187 |
| (a) Tatsächliche Sachherrschaft .....   | 188 |
| (b) Besitzwille.....  | 188 |
| (2) Grundsätzliche Kritik .....   | 189 |
| (a) Fundrechtliche Interessen der Beteiligten.....  | 190 |
| (b) Kontinuitätsinteressen .....  | 193 |
| bb) Der Gastwirtschaftstoiletten-Fall (RG JW 1925, 784 f.).....                             | 197 |
| 4. Die Aufrechterhaltung und die Beendigung des unmittelbaren Besitzes<br>(§ 856 BGB) ..... | 199 |
| II. Die anderen Besitztatbestände.....  | 200 |
| 1. § 854 Abs. 2 BGB.....  | 200 |
| a) Rechtsgeschäftlicher Erwerb? .....   | 200 |
| b) § 854 Abs. 2 BGB als Tatbestand tatsächlicher Sachherrschaft .....                       | 203 |
| c) Übergang des Kontinuitätsinteresses .....  | 204 |
| aa) Einwirkungsmöglichkeit.....   | 204 |
| bb) Einigung.....   | 204 |
| cc) Anwendung der gesetzlichen Regeln über das Rechtsgeschäft .....                         | 205 |
| d) Ergebnis .....   | 206 |
| 2. § 855 BGB .....  | 207 |
| a) § 855 BGB als ein Tatbestand tatsächlicher Sachherrschaft des Besitz-<br>herrn.....      | 207 |
| aa) Soziales Abhängigkeitsverhältnis .....  | 207 |
| bb) Objektives Handeln auf Grund des Abhängigkeitsverhältnisses .....                       | 210 |
| cc) Kritik.....   | 211 |
| (1) Keine Abhängigkeit kraft gesellschaftlicher Stellung .....                              | 211 |
| (2) Besitzdienerverhältnis als Nachklang der alten Sklaverei?.....                          | 213 |
| (3) Entscheidung nach konfliktfremden Erwägungen .....                                      | 214 |
| dd) Andere Tatbestandsumschreibungen.....   | 216 |
| (1) Willentliche Unterordnung.....  | 216 |
| (2) Jederzeitiger Zugriff.....  | 218 |
| ee) Einschränkung der Besitzfolgen bei § 935 BGB.....                                       | 221 |
| ff) Zwischenergebnis .....  | 224 |
| b) § 855 BGB als Tatbestand schutzwürdiger Kontinuitätsinteressen des<br>Besitzherrn .....  | 224 |

|   |     |
|---|-----|
| aa) Gesetzgebungsgeschichte.....  | 224 |
| (1) Der Unterschied des 1. Entwurfs zu früheren<br>Rechtsordnungen .....                                    | 225 |
| (2) Die Reaktion der 2. Kommission .....  | 226 |
| (3) Schlußfolgerungen.....  | 227 |
| (a) Bestätigung bereits gewonnener Ergebnisse.....  | 227 |
| (b) Maßgeblichkeit der Interessenlage.....  | 228 |
| (c) Ausnahmecharakter des § 855 BGB.....  | 230 |
| bb) Systematischer Zusammenhang mit § 854 Abs. 1 BGB und<br>teleologische Auslegung .....                   | 231 |
| cc) Das entscheidende Kriterium: Die Fremdnützigkeit.....   | 231 |
| (1) Keine eigenen rechtlichen Interessen des Besitzdieners.....   | 232 |
| (2) Schutzwürdige Kontinuitätsinteressen des Besitzherrn .....  | 234 |
| (a) Tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit.....  | 234 |
| (b) Aspekte der Interessenbewertung.....  | 235 |
| dd) Kritik.....   | 236 |
| ee) Einzelfälle .....   | 240 |
| (1) Ausgelagerte Arbeitsgeräte und Dienstwagen .....  | 240 |
| (2) Musterstücke des Handlungsreisenden.....  | 241 |
| (3) Besitzerwerb durch den Besitzdiener .....   | 243 |
| (a) Voraussetzungen .....   | 243 |
| (b) Fund durch Arbeitnehmer .....   | 244 |
| (4) Besitzverlust durch Besitzdiener .....  | 249 |
| 3. Der Erbenbesitz, § 857 BGB.....  | 249 |
| a) Rechtsnatur.....   | 250 |
| b) Tatbestandsvoraussetzungen .....   | 252 |
| aa) Besitz des Erblassers.....  | 253 |
| bb) Erwerber als endgültiger Erbe.....  | 254 |
| cc) Keine Interessenabwägung im Einzelfall .....  | 254 |
| c) Rechtsfolgen.....  | 255 |
| d) Beendigung des Erbenbesitzes .....   | 256 |
| 4. Der mittelbare Besitz, § 868 BGB .....   | 256 |
| a) Mittelbarer Besitz als Tatbestand "vergeistigter Sachherrschaft" .....                                   | 256 |
| aa) Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes nach der Theorie von der<br>vergeistigten Sachherrschaft ..... | 257 |
| (1) Konkretes Rechtsverhältnis .....  | 258 |
| (2) Besitzrechtliche Überordnung.....   | 259 |
| (3) Besitzrechtsableitung.....  | 259 |
| (4) Herausgabeanspruch.....   | 260 |

|   |     |
|---|-----|
| (5) Besitzmittlungswille des unmittelbaren Besitzers .....                                      | 261 |
| (6) Besitzwille des mittelbaren Besitzers .....   | 262 |
| bb) Kritik .....  | 263 |
| (1) Theoretische Grundlage .....  | 263 |
| (2) Abhängigkeit des mittelbaren Besitzes vom<br>Besitzmittlungswillen des Besitzmittlers ..... | 264 |
| (a) Beweisschwierigkeiten und Probleme der Eigentums-<br>vermutung nach § 1006 Abs. 3 BGB ..... | 265 |
| (aa) Bedeutungsverlust des § 1006 Abs. 3 BGB .....  | 265 |
| (bb) Einschränkung des § 1006 Abs. 3 BGB durch die h.M. 266                                     |     |
| (aaa) Bloße Erwerbsvermutung .....  | 266 |
| (bbb) Kritik .....  | 267 |
| (ccc) Ergebnis .....  | 269 |
| (b) Eigentumsverlust durch Untreue des Besitzmittlers .....                                     | 270 |
| (c) Wertungswiderspruch zwischen § 933 und § 934 BGB .....                                      | 272 |
| (3) In der Literatur vertretene Lösungsversuche .....   | 275 |
| (aa) Die Lehre vom Nebenbesitz .....  | 275 |
| (bb) Maßgeblichkeit des älteren Herausgabeanspruchs .....                                       | 278 |
| (cc) Haftungspflicht aus unrechtmäßigem Besitz ("furtum-<br>Lösung") .....                      | 280 |
| (3) Ergebnis .....  | 281 |
| b) Der mittelbare Besitz als ein Tatbestand schutzwürdiger<br>Kontinuitätsinteressen .....      | 281 |
| aa) Die Maßgeblichkeit der Kontinuitätsinteressen .....   | 282 |
| bb) Die Voraussetzungen des schutzwürdigen Kontinuitätsinteresses .....                         | 284 |
| (1) Nutzungsabrede .....  | 284 |
| (2) Herausgabeanspruch .....  | 285 |
| (3) Kein Besitzmittlungswille .....   | 288 |
| Literaturverzeichnis .....  | 290 |
| Sachregister .....  | 306 |



## A. Gegenstand der Untersuchung

Der Besitz gehört zu den althergebrachten Rechtsinstituten. Seine Wurzeln reichen ins römische<sup>1</sup> und ins germanische Recht<sup>2</sup> zurück. Gleichwohl bietet die Rechtsfigur des Besitzes auch mehr als neunzig Jahre nach Inkrafttreten des BGB Anlaß zu zahlreichen Meinungsstreitigkeiten und Rechtsunsicherheiten. Insbesondere sind die Rechtsnatur, die Entstehungsvoraussetzungen und die Voraussetzungen des Fortbestandes einmal begründeten Besitzes noch nicht befriedigend geklärt. Zu dieser Situation hat der Gesetzgeber des BGB beigetragen, indem er im ersten Abschnitt des Buches über das Sachenrecht vier verschiedene Besitztatbestände schuf (§ 854 BGB mit den beiden Varianten in Abs. 1 und Abs. 2, § 855 BGB, § 857 BGB und § 868 BGB), auf eine Definition des Besitzbegriffes verzichtete und an die Spitze der Regelung eine Vorschrift stellte, wonach der Besitz durch die Erlangung der "tatsächlichen Gewalt" oder - nach modernem Sprachgebrauch - der tatsächlichen Sachherrschaft erworben wird. Allein die Frage, was unter "tatsächlicher Sachherrschaft" zu verstehen ist, hat die Rechtswissenschaft offenbar vor eine so schwere Aufgabe gestellt, daß einige Autoren bereits konstatieren: "In den deutschen Lehrbüchern herrscht Verzweiflung."<sup>3</sup> Ferner wird durch die gesetzliche Regelung die heftig diskutierte Frage aufgeworfen, ob es sich auch bei den Tatbeständen des Erbenbesitzes (§ 857 BGB),<sup>4</sup> des mittelbaren Besitzes (§ 868 BGB)<sup>5</sup> und der Besitzdienerschaft (§ 855 BGB) um Fälle tatsächlicher Sachherrschaft handelt. Während sich beim Erbenbesitz zunehmend die Auffassung durchsetzt, es handle sich um einen Besitztatbestand ohne Sachherrschaft,<sup>6</sup> sieht die - neuerdings

---

<sup>1</sup> Siehe dazu Wolff/Raiser, Sachenrecht, § 4 I 2, S. 21.

<sup>2</sup> Staudinger/Bund Vorbem zu §§ 854 ff. Rn. 1 ff.; Wolff/Raiser, Sachenrecht, § 4 I 3, S. 21. Vgl. zum Begriff der Gewere des mittelalterlichen deutschen Rechts, der unserem Besitzbegriff nahekommt, Ogris, Gewere, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1 (1971), Sp. 1658 ff.

<sup>3</sup> Kegel, Festschrift für von Caemmerer, S. 149, 150; Joost, Gedächtnisschrift für Schultz, S. 167, 168.

<sup>4</sup> Vgl. nur die Nachweise bei Staudinger/Bund § 857 Rn. 3; ausführlich Siebert, ZHR 93, (1929), 1, 10 ff.

<sup>5</sup> Nachweise bei Staudinger/Bund § 868 Rn. 5, ausführlich Siebert, ZHR 93 (1929), 1, 18 ff.

<sup>6</sup> Staudinger/Bund § 857 Rn. 3 m.w.N.

häufiger bestrittene<sup>7</sup> - h.M.<sup>8</sup> im mittelbaren Besitz einen Fall gelockerter, "vergeistigter" Sachherrschaft. Die Forderung nach einer irgendwie gearteten Sachherrschaft beim mittelbaren Besitz bleibt wiederum - soll sie überhaupt irgendeinen Sinn haben - nicht ohne Folgen für die Voraussetzungen, die für den Erwerb und den Erhalt des mittelbaren Besitzes gelten sollen, sowie die Rechtsfolgen, die an den mittelbaren Besitz anknüpfen.

All diese Unsicherheiten wären hinnehmbar, ginge es nur um den eigentlichen Regelungsgegenstand der §§ 854 ff. BGB, den Besitzschutz. Dessen praktische Funktion besteht angesichts der geringen Zahl an Besitzschutzklagen fast ausschließlich in der Bewußtseinsbildung:<sup>9</sup> Indem das Gesetz dem Besitzer erlaubt, seinen Besitz mit Gewalt (§ 859 BGB) oder mit einem possessorischen Anspruch (§§ 861 f. BGB) zu verteidigen, ohne daß es auf ein Recht zum Besitz ankommt, setzt es ein deutliches Zeichen dafür, daß die Besitzsphäre anderer zu respektieren ist.<sup>10</sup> Diese Zeichenfunktion kann das Gesetz auch mit einem verschwommenem Besitzbegriff erfüllen. Jedoch entfaltet der Besitz außerhalb des ersten Abschnitts des Sachenrechtsbuchs eine immense Bedeutung: er spielt eine wichtige Rolle bei der Übereignung (§§ 929 ff. BGB) und beim gutgläubigen Eigentumserwerb (§§ 932 ff. BGB), er bildet die Grundlage der Ersitzung (§ 937 BGB), der Eigentumsvermutung (§ 1006 BGB) und des Eigentumserwerbs durch Fund (§ 965 BGB). Hier ist eine klare Definition des Besitzes und seiner Voraussetzungen aus Gründen der Rechtssicherheit unverzichtbar. Erinert sei an dieser Stelle nur an den Fall,<sup>11</sup> daß der Besitzzmittler hinsichtlich einer Sache, die er als Eigentumsvorbehaltskäufer erhalten hat, vor der Kaufpreiszahlung eigenmächtig ein weiteres Besitzzmittlungsverhältnis begründet.<sup>12</sup> Hier stellt sich die Frage, ob der ursprüngliche mittelbare Besitz bestehen bleibt<sup>13</sup> oder ob der Zweiterwerber - entsprechend der mit der Willensänderung des Besitzzmittlers einhergehenden Änderung der "tatsächlichen Herrschaftslage" - mittelbarer Besitzer wird<sup>14</sup> oder ob mittelbarer Nebenbesitz entsteht.<sup>15</sup>

---

<sup>7</sup> MünchKomm/Joost § 868 Rn. 5 f.; jüngst gegen die These von der "fiktiven" und "vergeistigten" Sachherrschaft beim mittelbaren Besitz auch Ernst, Eigenbesitz und Mobilärerwerb, Kapitel 5 II, S. 106 ff.

<sup>8</sup> Westermann/Gursky, Sachenrecht, § 17, 5 f. m.w.N.; Staudinger/Bund § 868 Rn. 5 m.w.N.

<sup>9</sup> Vgl. Wieling, Sachenrecht, Bd. 1, § 5 I b; Staudinger/Bund § 858 Rn. 2.

<sup>10</sup> Vgl. Westermann/Gursky, Sachenrecht, § 21, 2; Wieling, Sachenrecht, Bd. 1, § 5 I b.

<sup>11</sup> Vgl. BGHZ 50, 45. Dazu ausführlich Picker, AcP 188 (1988), 511 ff.

<sup>12</sup> Siehe hierzu auch unten C II 4 a bb (2) (c).

<sup>13</sup> Boehmer, Grundlagen, II/2, S. 41 ff.; Müller-Erbach, AcP 142 (1936), 5, 58.

<sup>14</sup> BGHZ 50, 45; MünchKomm/Joost § 868 Rn. 20 m.w.N.

<sup>15</sup> Wolff/Raiser, Sachenrecht, § 8 II, S. 35; Staudinger/Bund § 868 Rn. 9 m.w.N.

Dieses Problem hat seine Wurzel im Verständnis des § 868 BGB und dessen Verhältnis zu § 854 Abs. 1 BGB.

Auch beim Besitzdienerverhältnis ergeben sich Probleme und Ungereimtheiten, die ihren Grund in der Bedeutung haben, die man der "tatsächlichen Sachherrschaft" bei der Bestimmung der Tatbestandsvoraussetzungen zumißt: Gemäß § 855 BGB liegt der Besitz allein beim Besitzherrn. Weil Besitz tatsächliche Sachherrschaft sei, hält man es überwiegend bei § 855 BGB für notwendig, daß auch der Besitzherr die tatsächliche Herrschaft über die Sache habe. Grundlage dieser Sachherrschaft soll die Beziehung zum tatsächlichen Inhaber der Sache, d.h. dem Besitzdiener, sein. Deshalb wird als Tatbestandsvoraussetzung des § 855 BGB gefordert, der Besitzdiener müsse aufgrund eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses den Weisungen des Besitzherrn unterliegen.<sup>16</sup> Der Besitzherr übe dann nämlich seine tatsächliche Gewalt kraft seiner Weisungsbefugnis durch den Besitzdiener wie durch ein Werkzeug aus.<sup>17</sup>

Schon der Begriff der "sozialen Abhängigkeit" und die Bezeichnung des Arbeitnehmers als "Werkzeug" entsprechen wohl kaum mehr dem modernen Verständnis vom Arbeitsverhältnis. Abgesehen davon führt die Anknüpfung des Besitzes an das soziale Abhängigkeitsverhältnis und mithin an die tatsächliche Sachherrschaft zumindest dann zu unbefriedigenden Ergebnissen, wenn keine räumliche Nähebeziehung des Weisungsgebers zur Sache besteht. Bejaht man auch hier allein wegen eines "sozialen Abhängigkeitsverhältnisses" den Besitz des Weisungsgebers, dann ist beispielsweise der gutgläubige Erwerb eines von einem angestellten Handlungsreisenden weisungswidrig veräußerten Musterstücks wegen § 935 BGB ausgeschlossen.<sup>18</sup> Dies widerspricht einem angemessenen Verkehrsschutz, sofern das Weisungsverhältnis einem Außenstehenden nicht erkennbar ist.<sup>19</sup>

Die Reichweite der Regelung des § 855 BGB und ihre Einordnung in das Besitzrecht ist etwa auch für die Frage von Bedeutung, ob der Weisungsgeber oder seine Angestellten als Finder (§ 965 BGB) anzusehen sind.<sup>20</sup>

Wie bereits mit den oben genannten Beispielen angedeutet, ist der Zusammenhang zwischen den einzelnen Besitztatbeständen und dem Erfordernis tatsächlicher Sachherrschaft gegenwärtig das praktisch bedeutsamste Problem des Besitzes. Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, mehr Licht in

---

<sup>16</sup> Vgl. Palandt/Bassenge § 855 Rn. 1; RGRK/Kregel § 855 Rn. 5.

<sup>17</sup> Vgl. etwa RGRK/Kregel § 855 Rn. 5; Soergel/Mühl § 855 Rn. 1.

<sup>18</sup> So die h.M., RGZ 71, 248, 253; 106, 4, 6; MünchKomm/Quack § 935 Rn. 11 m.w.N.

<sup>19</sup> Ausführlicher zu den weisungswidrig veräußerten Musterstücken eines Handlungsreisenden unten C II 2 b ee (2).

<sup>20</sup> Vgl. z.B. BGHZ 8, 130 (Platzenweiserin-Fall). Dazu unten C II 2 b ee (3) (b).