

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 111

**§ 1007 BGB – Prozessuale Regelungen
im materiell-rechtlichen Gewand**

**Von
Stefan Weber**



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN WEBER

**1007 BGB – Prozessuale Regelungen
im materiell-rechtlichen Gewand**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 111

§ 1007 BGB – Prozessuale Regelungen im materiell-rechtlichen Gewand

**Von
Stefan Weber**



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Weber, Stefan:

§ 1007 [Paragraph tausendsieben] BGB – prozessuale
Regelungen im materiell-rechtlichen Gewand / von Stefan
Weber. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1988

(Schriften zum Bürgerlichen Recht; Bd. 111)

Zagl.: Bonn, Univ., Diss., 1987

ISBN 3-428-06494-1

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1988 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Volker Spiess GmbH, Berlin 30

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06494-1

Vorwort

Verf. will, wie er in der Einleitung sagt, Funktion und Bedeutung des § 1007 BGB unter Berücksichtigung seiner Entstehungsgeschichte entwickeln. Das ist eine etwas blasse Bezeichnung des Anliegens dieser Bonner Dissertation. Es geht ihm, wie im Fortgang der Arbeit immer deutlicher und schließlich auch klipp und klar gesagt wird, um eine Antwort auf die Frage, welches materielle Recht den Anspruch begründet, den diese Vorschrift gewährt (S. 64). Daß diese Frage nach dem Klagegrund des § 1007 BGB unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte geklärt werden soll, ist ebenso eine Ankündigung, die weniger verspricht als die Ausführung hält. In allen gründlicheren Untersuchungen dieser Frage ist die Entstehungsgeschichte der Vorschrift berücksichtigt. Was die Arbeit des Verf.'s kennzeichnet, ist die Dominanz der Entstehungsgeschichte in der Bewältigung der Aufgabe: Die Antwort auf die Frage, welches materielle Recht mit dem Anspruch aus § 1007 BGB geltend gemacht wird und die Klage begründen kann, wird in der Geschichte der Entstehung dieser Vorschrift gesucht und gefunden. Diese Antwort und somit die These der Arbeit ist, daß mit dem Anspruch aus § 1007 BGB nichts anderes als das Eigentum geltend gemacht und nur dessen Verfolgung erleichtert wird. Der Anspruch aus § 1007 BGB ist in Wahrheit also der Anspruch aus § 985 BGB, und es wird für diesen nur eine Beweiserleichterung oder „prozessuale Einredebeschränkung“ bestimmt: Der verklagte Besitzer, der bei Erwerb seines Besitzes selbst nicht Eigentum erworben haben kann, weil er — § 1007 Abs. 1 BGB — bösgläubig oder weil die Sache — § 1007 Abs. 2 BGB — dem Kläger abhanden gekommen war, kann gegen die Eigentumsklage desjenigen, der selbst bei Erwerb seines früheren Besitzes gutgläubig war, also Eigentum erworben haben kann, nicht einwenden, daß die Sache einem Dritten abhanden gekommen sei und also auch dem Kläger nicht gehöre. Die *exceptio de iure tertii* im Eigentumsprozeß auszuschließen, ist nach Meinung des Verf.'s die Funktion des § 1007 BGB und die Tatsache, daß diese Vorschrift ihrer Formulierung nach einen gegenüber § 985 BGB eigenen Anspruch gewährt, wird auf „eine Gesetzgebungskommission (zurückgeführt), die es nicht verstand, die von ihr gewünschte Einredebeschränkung im Herausgabestreit in eine adäquate Form zu bringen“ (S. 65). Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift dominiert in der Arbeit also nicht in der Weise, daß aus ihr die Lösung — wie das Kaninchen aus dem Hut — hervorgezogen wird. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist für Verf. vielmehr das Mittel zur Kritik ihres Ergebnisses; die Arbeit demonstriert, daß die geschicht-

liche Methode nicht darauf aus ist, in der Vergangenheit zu finden, was wir in der Gegenwart nicht mehr oder gar auch noch haben, sondern daß es ihr darum geht, die Entwicklung: also die Veränderung aufzudecken und aus deren Feststellung heraus die Fragen, die sich hic et nunc stellen, zu beantworten.

Die Frage, was Klagegrund des § 1007 BGB ist, war bislang ein Rätsel. Dies zeigt Verf. in dem ‚die bisherige Deutung des § 1007 BGB‘ überschriebenen Abschnitt, dem er eine Darstellung der Entstehungsgeschichte des § 1007 BGB voranstellt, die dadurch bemerkenswert ist, daß sie sich aller Interpretation dieser Geschichte enthält, für die folglich – in Hinsicht auf den ersten Entwurf zum BGB – die Protokolle der 1. Kommission und nicht die Motive zum ersten Entwurf die Hauptquelle sind und aus der die Deutungsbedürftigkeit des in § 1007 BGB vorliegenden Ergebnisses hinsichtlich des Klagegrundes unmittelbar hervorgeht. In der Darstellung und Kritik der bisherigen Deutung dieser Vorschrift erklärt Verf. sich u.a. gegen die heute noch vertretene Ansicht, § 1007 BGB liege eine Rechtsvermutung zugrunde. Er wendet dagegen ein, daß diese Vermutung, weil der Anspruch aus § 1007 BGB ohne jedes wirkliche Recht zum Besitz geltend gemacht werden könne, anders als die in § 1006 BGB aufgestellte, eine unwiderlegliche sein müsse. Es gebe aber bislang keinen Anhaltspunkt dafür, daß die (2.) Kommission (die § 1007 BGB zugleich mit § 1006 BGB beraten und beschlossen hat) auf derselben Vermutungsbasis des Besitzes einmal ausdrücklich eine widerlegliche (§ 1006 BGB) und dann (in § 1007 BGB) stillschweigend eine unwiderlegliche Rechtsvermutung aufstellen wollte (S. 36 f.). In der Interpretation und Kritik der Entstehungsgeschichte des § 1007 BGB, in der Verf. sein Verständnis der Vorschrift entwickelt, heißt es dann ausdrücklich: „§ 1007 BGB bewirkt nun, daß im Herausgabestreit um eine bewegliche Sache diese Eigentumsvermutung in bestimmten Fällen nicht widerlegt werden kann. Die Vorschrift steigert so die Eigentumsvermutung für den früheren Eigenbesitzer von einer widerlegbaren praesumptio iuris zu einer nicht widerlegbaren praesumptio iuris et de iure, einer Fiktion“ (S. 64 f.). Verf. meint also S. 35 f., daß die dort zurückgewiesene Ansicht den Beweis, daß es in § 1007 BGB um die Aufstellung einer nicht widerleglichen Vermutung: um eine bloße Erleichterung der Eigentumsverfolgung durch Ausschluß einer bestimmten Einrede für bestimmte Besitzer gegenüber einem bestimmten Kläger geht, schuldig geblieben sei – ein Manko, das nicht zuletzt dadurch bestätigt wird, daß die wohl herrschende Meinung nach wie vor den Grund der Klage im Besitz selbst findet und damit, weil dieser nun gewiß nicht der Klagegrund sein kann, die Suche nach einem eigenartigen, sonst nicht bekannten Recht wieder hervorruft: Otto v. Gierke hat bei dieser Suche sogar den germanischen Zwitter der gewere als Grund der Klage aus § 1007 BGB entdecken zu können gemeint.

Verf. führt – und das ist seine Leistung – den Beweis, daß § 1007 BGB nur die in der voranstehenden Vorschrift als eine widerlegliche aufgestellte

Vermutung unter bestimmten Voraussetzungen zu einer unwiderleglichen macht, in der einzig möglichen Weise, daß er auf das römische Recht und d.h. hier: auf das publizianische Prinzip zurückgeht, daß er dessen Funktion in eben jener Erleichterung der Eigentumsverfolgung gegenüber bestimmten Besitzern durch Versagung der *exceptio de iure tertii* findet und sodann zeigt, daß und unter welchen Veränderungen dieses Prinzip in das BGB übernommen worden ist. Da das römische Recht den gutgläubigen Erwerb von Nichtberechtigten nur in der zeitlichen Verzögerung der ordentlichen Ersitzung gekannt hat, konnte das römische Recht dem publizianischen Prinzip auch nur in Anknüpfung an die noch nicht vollendete (ordentliche) Ersitzung und somit durch eine eigene, der Vindikation nur nachgebildete Klage Geltung verschaffen. Der materiellrechtliche Grund dieser *actio Publiciana* konnte daher auch nicht das (quiritische) Eigentum sein, und die Frage, welches andere materielle Recht denn diese Klage begründet, konnte in Hinsicht auf das römische Recht zu einem Problem werden, sobald die Jurisprudenz nicht mehr in Aktionen dachte, sondern in materiellen Rechten zu denken begann (s. dazu Verf. insbes. S. 19 ff., 44). Mit der Ersetzung der ordentlichen Ersitzung durch den gutgläubigen Erwerb im ersten Entwurf zum BGB entfiel — wie die 1. Kommission auch erkannt hat — nicht das Bedürfnis für das publizianische Prinzip. Aber die publizianische Klage mußte und konnte jetzt nur noch an die Voraussetzungen des sofortigen gutgläubigen Erwerbs angeknüpft und somit auf das Eigentum gegründet werden, das nicht mehr in quiritisches und bonitarisches zu teilen war. Dies hat die 1. Kommission noch nicht hinreichend erfaßt, so daß der erste Entwurf zum BGB in der Vorschrift, aus der § 1007 BGB entstanden ist, noch die publizianische Klage in einer nicht hinreichend modifizierten Form hat. Erst die 2. Kommission oder — richtiger gesagt — ihr wohl klügstes Mitglied Jacubezky hat die Klage dann ganz auf die geänderten Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs ausgerichtet, also die durch diese Veränderung notwendigen Modifikationen des publizianischen Prinzips durchgeführt. Indem Verf. diese Modifikationen im einzelnen durchgeht, zeigt er, daß und wie sie ganz im Geist des publizianischen Prinzips liegen und daß also — entgegen aller bisherigen Annahme — die 2. Kommission dieses Prinzip rezipiert hat, die Grundlage auch dieser Vorschrift somit eine rein römische ist. Nur sind eben in der fortbestehenden Ausgestaltung des publizianischen Prinzips zu einem besonderen Anspruch diese Modifikationen noch nicht zu Ende gedacht; es ist noch nicht erkannt, daß dieses Prinzip unter der Voraussetzung eines sofortigen gutgläubigen Erwerbs sich auf die Versagung der *exceptio de iure tertii* im Eigentumsprozeß reduziert, der publizianische Anspruch also im Eigentumsanspruch aufgeht. Diesen letzten Schritt führt Verf. in allen seinen Konsequenzen aus, von denen hier nur die beiden wichtigsten genannt seien: das Verständnis der Besitzaufgabe (§ 1007 Abs. 3 Satz 2 BGB, 2. Alternative) als Aufgabe des Eigentums (S. 57) und die Klagebefugnis des Fremdbesitzers als gesetzliche Prozeßstandschaft (S. 67 ff.), deren Herleitung aus dem Preuß. ALR ein besonders gekonntes

Stück geschichtlicher Argumentation ist. Daß in dieser letzten Hinsicht Verf. in vollständiger und begreiflicher Unabhängigkeit zu Eduard Picker, Die Drittwiderspruchsklage (1981), S. 469 ff. zu dessen Ergebnis gelangt, ist für dieses die wohl beste Bestätigung.

Auch Verf. meint allerdings *de lege lata* nicht so weit gehen zu können, wie die juristische Konsequenz reicht. Er meint, es könne der Vorschrift des § 1007 BGB ihre äußere Gestalt als eine besondere Anspruchsgrundlage neben § 985 BGB nur *de lege ferenda* genommen werden, und er macht dazu, wie die Vorschrift in der Reduzierung auf ihren inneren Gehalt als eines prozessualen Einwendungsausschlusses lauten müßte, einen ausformulierten Fassungsvorschlag (S. 66 u. S. 70). Diese Vorsicht im Umgang mit einem Gesetz von der Beschaffenheit des BGB und in einer doch ganz technischen, rein juristischen Frage halte ich für übertrieben, da doch das, was die juristische Konsequenz ergibt, durch den Imperativ des Gesetzes nicht gewinnen kann. Sie entspricht aber ganz der bedächtigen, nüchternen und unprätenziösen Art, mit der Verf. überall zu Werke geht. Ich überlasse es der Beurteilung anderer, ob nicht der geschichtlichen Rechtswissenschaft, zu welcher Verf. sich nicht durch Worte, sondern durch die Tat bekennt, diese Vorsicht angemessener ist als ein freierer Umgang mit dem Gesetz. Ich zögere jedenfalls nicht, die Arbeit auch öffentlich deswegen zu loben, weil sie der geschichtlichen Rechtswissenschaft, ohne die nach meiner Auffassung alle Arbeit am BGB vergeblich ist, ein beachtliches Zeugnis ihrer Leistungsfähigkeit ausstellt.

Horst Heinrich Jakobs

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	11
II. Die Entstehung des § 1007 BGB	12
1. Der Eigentumsanspruch im ersten Entwurf zum BGB	12
a) Der Vorentwurf Johows	12
b) Die Beschlüsse der ersten Kommission	13
aa) Deutsch-rechtliche Fahrnisklage	14
bb) Römisch-rechtliche actio Publiciana	16
cc) Der publizianische Anspruch des ersten Entwurfs	25
2. Der Eigentumsanspruch im zweiten Entwurf zum BGB	27
a) Vorkommission des Reichsjustizamtes	28
b) Die zweite Kommission	28
III. Die bisherige Deutung des § 1007 BGB	30
1. § 1007 BGB als Ausformung der deutsch-rechtlichen Fahrnisklage	30
2. § 1007 BGB als Anspruch aus vermutetem Recht	34
3. § 1007 BGB als Anerkennung der Rechtsqualität des Besitzes	36
4. § 1007 BGB als Anerkennung eines Rechtes eigener Art	37
5. § 1007 BGB als Besitzanspruch	41
IV. § 1007 BGB als den Eigentumsanspruch regelnde Vorschrift	43
1. Das publizianische Prinzip	43
2. Die Übernahme des publizianischen Prinzips in das bürgerliche Recht	45
3. Die Fortentwicklung des publizianischen Prinzips durch die zweite Kommission	48
a) Das publizianische Prinzip im preußischen Recht	49
b) Die Umgestaltung des subjektiven Elements von einem rechts- begründenden zu einem rechtshindernden Merkmal	52
c) Das Rangverhältnis mehrerer Erwerber	54
d) Die Besitzaufgabe	56
e) Der Anspruch des früheren Fremdbesitzers	58
4. Der sachliche Inhalt des § 1007 BGB	60
a) § 1007 BGB als Einredebeschränkung gegenüber dem Eigentums- prätendenten	61
b) Die analoge Anwendung des § 1007 BGB bei Nießbrauch und Pfandrecht	67
c) § 1007 BGB als Einräumung einer Prozeßführungsbefugnis für Fremdbesitzer	67

V. Ergebnis 71

VI. Folgerungen 73

Literaturverzeichnis 77

I. Einleitung

Wer eine bewegliche Sache in Besitz gehabt hat, kann unter den Voraussetzungen des § 1007 BGB von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen. Dieser Herausgabeanspruch ist unter die „Ansprüche aus dem Eigentum“ in den vierten Titel des dritten Abschnitts des dritten Buches des BGB eingereiht. Unbestritten ist aber, daß § 1007 BGB weder Eigentum noch überhaupt irgendein Recht des früheren Besitzers voraussetzt. Trotz der dadurch hervorgerufenen Unsicherheit über die zutreffende dogmatische Einordnung wurde die Vorschrift bei ihrem Inkrafttreten oftmals¹ als eine der wichtigsten des Sachenrechts eingeschätzt. Inzwischen hat sich diese Einschätzung als falsch herausgestellt. Es finden sich nur sehr wenige veröffentlichte Gerichtsentscheidungen zu § 1007 BGB. Die Praxis scheint weitgehend mit anderen Anspruchsgrundlagen auszukommen. Um so umfangreicher ist die Zahl der Publikationen, die sich mit § 1007 BGB beschäftigen. Bereits im Jahre 1929 stellte Oertmann² die Behauptung auf, die Vorschrift verdanke wesentlich der Studierstube und antiquarischen Liebhabereien ihr Dasein. Sie gehöre dem praktischen Rechtsleben so gut wie gar nicht an.

Die vorliegende Untersuchung sieht sich dadurch gerechtfertigt, daß trotz der inzwischen weiter angewachsenen Literatur zu § 1007 BGB die rechtliche Natur der Vorschrift als nicht geklärt gelten muß. Der während des Gesetzgebungsverfahrens geführte Streit um den römisch-rechtlichen oder deutsch-rechtlichen Weg bei der Ausgestaltung der Eigentumsverfolgung scheint in der wissenschaftlichen Diskussion zu sehr den Blick versperrt zu haben für den praktischen Wert, den § 1007 BGB im System unseres bürgerlichen Rechts hat. Funktion und Bedeutung des § 1007 BGB sollen im folgenden unter besonderer Berücksichtigung seiner Entstehungsgeschichte entwickelt werden.

¹ Giese, S. 84; Frerichs, S. 84; Otto v. Gierke, S. 66; vgl. Hörer, S. 14.

² In seiner Rezension zu Henle, Das Recht auf Besitz, JW 1929, S. 570 f.

II. Die Entstehung des § 1007 BGB

1. Der Eigentumsanspruch im ersten Entwurf zum BGB

a) Der Vorentwurf Johows

Die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) konstituierte sich am 17. September 1874 und legte in ihren ersten Sitzungen die Einteilung des künftigen Gesetzbuches in fünf Bücher³ fest. Grundlage der Kommissionsberatungen sollte für jedes Buch ein von einem Kommissionsmitglied als Redaktor zu erstellender Vorentwurf sein⁴. Vor der Ausarbeitung des jeweiligen Entwurfs hatte der betreffende Redaktor die Entscheidung der Kommission über die maßgebenden Gesichtspunkte und Prinzipien, die er dem Entwurf zugrundelegen wollte, herbeizuführen⁵. Zum Redaktor des Sachenrechts wurde Johow gewählt⁶.

Johow⁷ schlug der Kommission vor, bei der Ausgestaltung des abgeleiteten Eigentumserwerbs und der Verfolgbarkeit des Eigentums an beweglichen Sachen grundsätzlich dem römischen Recht zu folgen, das insoweit zur damaligen Zeit im Rahmen des sog. gemeinen Rechts in weiten Teilen Deutschlands in Geltung war. Das römische Recht ließ einen abgeleiteten Eigentumserwerb nur vom Eigentümer zu und gab dem Eigentümer den Anspruch auf Herausgabe gegen jeden, der ihm die Sache vorenthielt, selbst gegen den redlichen Erwerber⁸. Nach Johows Vorschlag sollte das BGB gegenüber diesen römischen Grundsätzen lediglich die Einschränkung bringen, daß der redliche Erwerber zur Herausgabe nur gegen Erstattung dessen verpflichtet war, was er für die Erwerbung der Sache gegeben oder geleistet hatte.

Das Kommissionsmitglied von Kübel⁹ wollte die Rückforderbarkeit beweglicher Sachen auf die Fälle des Abhandenkommens beschränkt wissen und bei Geld und Inhaberpapieren überhaupt nicht zulassen. Der redliche Erwerber sollte grundsätzlich mit Besitzerwerb Eigentümer werden, bei abhanden gekommenen Sachen nach Ablauf einer kurz zu bemessenden Frist, die mit dem Abhandenkommen zu laufen beginnen sollte.

³ Sitzungsprotokoll vom 17.9.1874, bei *Jakobs/Schubert*, Einführung S. 40, 206 ff.

⁴ Sitzungsprotokoll vom 19.9.1874, bei *Jakobs/Schubert*, Einführung, S. 207.

⁵ Sitzungsprotokoll vom 29.9.1874, bei *Jakobs/Schubert*, Einführung, S. 222.

⁶ Sitzungsprotokoll vom 29.9.1874, bei *Jakobs/Schubert*, Einführung, S. 222.

⁷ *Jakobs/Schubert*, Sachenrecht, S. 53 ff.

⁸ D. 41, 1, 20 pr; D. 6, 1, 10.

⁹ *Jakobs/Schubert*, Sachenrecht, S. 67.

Die Kommission, der noch weitere Vorschläge vorlagen¹⁰, entschied sich in ihrer Sitzung vom 18. Oktober 1875 für die Annahme des Antrags des Redaktors des Sachenrechts, vorbehaltlich der festzustellenden Ausnahmen, insbesondere in Betreff der Inhaberpapiere. Der von einer Seite gestellte Antrag, die Ausnahmen beizufügen, daß gestohlene und verlorene Sachen ohne Erstattung des Kaufgeldes herauszugeben seien, wurde von der Mehrheit nicht gebilligt¹¹.

Der von Johow erarbeitete und in den Jahren 1880–1883 mit ausführlicher Begründung vorgelegte Entwurf zum Sachenrecht¹² stellte betreffend die Erwerbung des Eigentums an beweglichen Sachen und den Eigentumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache in Ausführung des Kommissionsbeschlusses weitgehend eine Übernahme römisch-rechtlicher Grundsätze dar. Nach § 132 dieses Entwurfes konnte das Eigentum an beweglichen Sachen nur vom Eigentümer erworben werden. § 135 ließ Ausnahmen lediglich für Sachen zu, die in einer öffentlichen Versteigerung erworben wurden, für Geld und Inhaberpapiere und für Erzeugnisse einer redlich besessenen Sache. Der Vindikationsanspruch des Eigentümers war in § 178 enthalten. Er fand in den sich anschließenden Bestimmungen seine nähere Ausgestaltung. Zur Erleichterung des Eigentumsbeweises waren in den §§ 199 bis 201 Rechtsvermutungen vorgesehen, die teils an die Art des Besitzerwerbs, teils an die Art des Besitzverlustes anknüpften.

b) Die Beschlüsse der ersten Kommission

Die erste Kommission¹³ beschloß zunächst eine dem § 132 des Johow'schen Vorentwurfs entsprechende Vorschrift, wonach das Eigentum an beweglichen Sachen durch einen zwischen dem bisherigen Eigentümer mit dem Erwerber unter Übergabe der Sache abgeschlossenen Vertrag erworben wurde. Als die Beratung des § 135 des Vorentwurfs anstand, wurde erneut das von Johow verfochtene Prinzip des Eigentumserwerbs nur vom Eigentümer in Frage gestellt. Diesmal entschied sich die Kommission¹⁴ in Abkehr von ihrem Vorbeschluß vom 18. Oktober 1875 für das Prinzip, nach welchem der Mangel des Eigentums des Veräußerers zugunsten des gutgläubigen Erwerbers außer Betracht blieb. Den entscheidenden Grund für die Annahme des beantragten Prinzips sah die Kommission in der Gewährleistung der Verkehrssi-

¹⁰ *Jakobs/Schubert*, Sachenrecht, S. 72 f.

¹¹ *Jakobs/Schubert*, Sachenrecht, S. 73.

¹² Der Teilentwurf Sachenrecht wurde als Manuskript gedruckt. Der 1982 von *Schubert* herausgegebene Nachdruck unter dem Titel: „Die Vorlagen der Redaktoren für die 1. Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs“, Sachenrecht, Teil 1 bis 3, gibt auch die ursprüngliche Paginierung wieder, nach der zitiert wird.

¹³ Protokolle I, S. 3990, bei *Jakobs/Schubert*, Sachenrecht, S. 583.

¹⁴ Protokolle I, S. 4003, bei *Jakobs/Schubert*, Sachenrecht, S. 598.