

Olaf Sosnitza

Besitz und Besitzschutz

Sachherrschaft zwischen
faktischem Verhältnis,
schuldrechtlicher Befugnis und
dinglichem Recht

Mohr Siebeck

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1

Teill

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 zivilrechtthchen Besitz	18
II. Zur inneren Rechtfertigung eines spezifisch strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffs	22
C. <i>Der öffentlich-rechtliche Zustandsstörer</i>	26

2. Kapitel

Die Regelungsstruktur des kodifizierten Rechts des Besitzes im Bürgerlichen Recht

A. <i>Der Besitz als Bestandteil anderer Rechtsinstitute</i>	28
B. <i>Der Besitz als autonomes Regelungsobjekt, §§ 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) Kombierter Friedens- und Kontinuitätsschutz	47

3. Kapitel

Zur Rechtsnatur des Besitzes

A. Die Notwendigkeit der Unterscheidung von Besitz und Besitzrecht	49
B. Der Besitz	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) Willenstheorie.	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. Exkurs: Der Mieter als Eigentümer im Sinne des Art. 14 GG - Eine verfassungsrechtliche Aufwertung der zivilrechtlichen Besitzposition mit Ausstrahlungswirkung auf das Bürgerliche Gesetzbuch f.	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. § 1361 a BGB als <i>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 <i>actio Pubhiana</i>	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>Wieing</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 Erstmieter . . .	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>Dulckheit.</i>	281
b) <i>Canans.</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 Dnttschadensliquidation	294
aa) Das Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz als weiterer Anwendungsbereich der Dnttschadensliquidation . .	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

A.	<i>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
B.	<i>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
C.	<i>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. 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
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