

BAYERISCHE JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG
JURISTISCHE FAKULTÄT

HENRIQUE PAULO DE BRIDA

DER BESITZERWERB DURCH HILFSPERSONEN

WÜRZBURG

2002

DER BESITZERWERB DURCH HILFSPERSONEN

MAGISTER-ARBEIT

ZUR ERLANGUNG DES GRADES EINES

magister legum

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER BAYERISCHEN JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT

WÜRZBURG

VORGELEGT VON

Henrique Paulo De Brida

AUS SÃO PAULO

Würzburg

2002

BETREUER: Herr Prof. Dr. iur. utr. Hubert Drüppel

ERSTGUTACHTER: Herr Prof. Dr. iur. utr. Hubert Drüppel

ZWEITGUTACHTER: Frau Prof. Dr. iur. Inge Scherer

TAG DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG: 8. Februar 2002

BEWERTUNG: magna cum laude

*Meiner Mutter,
die mir stets
mit Liebe und Kraft
unterstützte.*

*Meinem Vater,
zum Gedächtnis.*

VORWORT

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2001/2002 als Magisterarbeit der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg angenommen. Berücksichtigt wurden Literatur und Rechtsprechung bis zum Dezember 2001. Tag der mündlichen Prüfung war der 8. Februar 2002. Die Arbeit wurde bei beiden Gutachtern mit dem Prädikat „magna cum laude“ bewertet.

Mein besonderer Dank gilt meinem Betreuer Herrn Prof. Dr. iur. utr. Hubert Drüppel, der die Entstehung der Arbeit mit Interesse und Widmung begleitet hat und mir stets mit fachlichem Rat zur Seite stand. Zu Dank verpflichtet bin ich zudem Frau Prof. Dr. iur. Inge Scherer für die zeitrasche Erstellung des Zweitgutachtens. Ebenso bedanke ich mich sehr bei Frau Dr. iur. can. Waltraud Kozur für ihre äußerste Bemühung bei der Revision bzw. Korrektur der Arbeit. Herrn Erik Kerber gebührt auch mein bester Dank für seine stetige Kameradschaft im Laufe der Arbeitsanfertigung.

Diese Arbeit ist ebenfalls meinen Mutter und Schwester gewidmet, die mir während des Magisterstudiums stets Halt gaben. Dem KAAD – Katholischen Akademischen Ausländer-Dienst - gebührt mein spezieller Dank für dessen finanzielle und persönliche Beförderung bis zur Absolvierung des Magisterstudiums.

Würzburg im Februar 2002

Henrique De Brida

PREFÁCIO

O presente trabalho foi apresentado no semestre de inverno de 2001/2002 como dissertação de mestrado à Faculdade de Direito da Universidade Bávara Julius-Maximilian de Würzburg. A bibliografia e jurisprudência observadas estendem-se até dezembro de 2001. A argüição do trabalho e o exame oral de proficiência em direito alemão ocorreram no dia 08 de fevereiro de 2002. À dissertação de mestrado foi outorgado, ao final, o conceito “magna cum laude”.

Outrossim, este trabalho foi apresentado como dissertação de mestrado em sede de processo de revalidação de título junto à Universidade de São Paulo, cuja análise realizou-se pela Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito dessa Universidade. Ao autor foi outorgado o título de Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, em 04 de dezembro 2006.

Meu especial agradecimento dirige-se ao Prof. Dr. iur. utr. Hubert Drüppel, meu orientador, pela sua dedicação e aconselhamentos durante a feitura do trabalho.

Meus sinceros agradecimentos também ao Prof. Dr. Alcides Tomasetti Júnior, relator do processo de revalidação de título junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cujo douto parecer recomendou, com louvor, a aceitação deste trabalho como dissertação de mestrado apta à concessão do título de mestre por essa Universidade. À Profa. Dra. Giselda Hironaka externo, outrossim, meu agradecimento pela manifestação expedita e favorável à revalidação dessa dissertação. Ainda ao Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida, mestre de todas as horas, meu mais sincero agradecimento.

À minha família agradeço pelo apoio de sempre. Ao KAAD meu especial agradecimento pelo fomento financeiro e apoio pessoal ao longo do curso de mestrado na Alemanha.

São Paulo, Julho de 2011

Henrique De Brida

KURZFASSUNG

DE BRIDA, Henrique. *Der Besitzerwerb durch Hilfspersonen*. Würzburg: Juristische Fakultät, Bayerische Julius-Maximilians-Universität Würzburg, 2002. 135 S. Magisterarbeit in Bürgerlichem Recht.

Diese Arbeit betrachtet das Thema ‚Besitzerwerb‘ mit besonderer Berücksichtigung der Stellung der Hilfsperson – nämlich, Stellvertreter bzw. Besitzdiener - bei diesem Rechtsinstitut. Vor der eigentlichen Behandlung des Hauptthemas finden sich allgemeine Betrachtungen und Analysen des Besitzes und dessen Erwerb und die Darstellung der rechtshistorischen Entwicklung des Besitzes. Die hier behandelten Themen werden nicht nur von der Rechtsdogmatik, sondern auch von der Rechtssprechung her untersucht, wobei die Entscheidungen in einigen, bestimmten Fällen, die in der rechtswissenschaftlichen Diskussion Mustercharakter erlangt haben, und als Anknüpfungspunkt zur Entwicklung und Festigung der Rechtslehre dienen dargestellt werden. Es wird ebenso versucht klar darzustellen, inwieweit sich die Rechtsauffassung des Besitzerwerbs durch Hilfspersonen von dem traditionellen, römischgemeinrechtlichen Vorbild der Dienerschaft aus zu einer typologischen, sachverhaltsnäheren Besitzerwerbslehre hat entwickeln lassen.

Schlagwörter: Bürgerliches Recht – Deutschland. Besitz – Erwerb - Hilfsperson.

ABSTRACT

DE BRIDA, Henrique. *Der Besitzerwerb durch Hilfspersonen*. Würzburg: Juristische Fakultät, Bayerische Julius-Maximilians-Universität Würzburg, 2002. 135 p. Magister legum Dissertation in Civil law.

The following dissertation deals with the possession and its acquisition throughout an auxiliary (working) person – an agent and/or a possession's server. It shows how the Civil law institute under assessment has historically developed and how the German legal theory and courts have been treated the legal acquisition of possession when a service or working relationship is involved by a mediation of possession and its acquisition. Therefore, the present work focuses on a deal of court decisions which have developed to leading cases relating that subject matter. It handles also with the development of the legal theory of possession in the sense that it aims to clarify by which means the German jurisprudence has developed from the traditional Roman law based theory of the servitude of possession towards a typological and case law based theory of the acquisition of possession through a third auxiliary person.

Keywords: Civil law – Germany. Possession - acquisition – auxiliary person.

RESUMO

DE BRIDA, Henrique. *Der Besitzerwerb durch Hilfspersonen*. Würzburg: Juristische Fakultät, Bayerische Julius-Maximilians-Universität Würzburg, 2002. 135 p. Dissertação de Mestrado em Direito Civil.

Esta dissertação tem por objetivo tratar do tema aquisição da posse por meio de preposto, em senso largo, no direito civil alemão. Tem esta em vista, particularmente, a posição jurídica do auxiliar de serviço ou trabalho – *Hilfsperson* -, seja ele mandatário em senso estrito ou mero servidor da posse, no instituto em questão. Faz-se, ainda, uma análise geral do instituto da posse e sua aquisição, acompanhada de uma exposição do seu desenvolvimento histórico. O tema desenvolve-se tanto sob o aspecto dogmático quanto jurisprudencial, uma vez que algumas decisões dos tribunais superiores alemães, em especial do Supremo Tribunal Federal (BGH), são paradigmáticas para essa análise e muito influenciaram o desenvolvimento da doutrina em torno do assunto. Outrossim, busca-se mostrar de que maneira e em que medida a doutrina e a jurisprudência alemãs evoluíram a partir do conceito tradicional da servidão da posse, em base do direito romano comum, para uma dogmática tipológica, indutiva, da aquisição da posse por meio de terceiros.

Palavras-chave: Direito Civil – Alemanha. Posse - aquisição - preposto.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS*

aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
aE	anderen Erachtens
aM	andere Meinung
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landgericht
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen - amtliche Sammlung (Band und Seite)
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
f.	und folgende
ff.	und fortfolgende
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
hL	herrschende Lehre

* Die im folgenden Haupttext ohne weiteren Nachweis zitierten Paragraphen betreffen stets das BGB. Wird beim Literaturnachweis eine isolierte Zahl angegeben, so betrifft sie die entsprechende Seite bzw. Rn des Werkes.

hM	herrschende Meinung
HS.	Halbsatz
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S.	im Sinne
i. V. m.	im Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Ausbildung (Jahr und Seite)
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
LG	Landesgericht
mE	meines Erachtens
mM	mindere Meinung
N.	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Nr.	Nummer
Nw.	Nachweis(e)
OLG	Oberlandesgericht
OT	Obertribunal
Rn	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen - amtliche Sammlung (Band und Seite)
S.	Seite bzw. Satz
SeuffA	Seufferts Archiv
str.	streitig

u.	und
u. a.	unter anderen
vgl.	vergleiche
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG	15
I. TEIL. ALLGEMEINE BETRACHTUNG VON BESITZ UND DESSEN ERWERB	29
I.1. DIE RECHTSHISTORISCHE ENTWICKLUNG DES BESITZES	29
I.1.1. Besitz und tatsächliche Welt	29
I.1.2. Die römische possessio	35
a) Wesen und Arten des Besitzes	35
b) Erwerb und Verlust des Besitzes.....	38
c) Der Besitzschutz.....	40
d) Schluss.....	41
I.1.3. Der Besitz in der Glosse.....	41
I.1.4. Die germanische (germanistische) Gewere.....	42
I.1.5. Gemeines Recht	43
I.1.6. Die Pandektistik	45
a) SAVIGNYS Besitzbegriff gemäß seiner Monographie ‚Das Recht des Besitzes‘	45
b) Die Entwicklung nach SAVIGNY	48
c) Der Besitzerwerb nach gemeinrechtlicher Anschauung.....	51
d) Die Rechtssprechung des 19. Jahrhunderts	53
I.2. DER BESITZ UND DESSEN ERWERB IM BGB	57
I.2.1. Der unmittelbare Besitz.....	58
I.2.2. Der mittelbare Besitz.....	66
II. TEIL. DER BESITZERWERB DURCH HILFSPERSONEN	72
II.1. DAS GEMEINE (RÖMISCHE) RECHT	72
II.2. DAS BGB	78
II.2.1. Der Besitzdiener	78
II.2.1.A. Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch Besitzdiener.....	85
1. Originärer Erwerb.....	86
2. Ableitender Erwerb.....	97
II.2.1.B. Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Besitzdiener	101
II.2.1.C. Konkludenter Vergleich mit dem römischen Recht.....	102

II.2.2. Besitzerwerb durch Stellvertreter	105
II.2.2.A. Der Erwerb nach § 854 II BGB	105
II.2.2.B. Der Erwerb des mittelbaren Besitzes für den Vertretenen nach §§ 868, 870 BGB	107
a) § 868	107
b) § 870	109
II.2.3. Die Bösgläubigkeit beim Besitzerwerb durch Hilfspersonen nach § 990 I BGB.....	110
II.2.3.A. Bösgläubigkeit von Hilfspersonen des Besitzers	111
1. Die Bedeutung des Charakters der §§ 989 f für die Zurechnung	113
2. Suche nach einem Rechtssatz mit zurechnender Funktion.....	115
2.1. Analogie zu § 278.....	115
2.2. Rückgriff auf § 855	116
2.3. Analogie zu § 166 I	117
2.3.1. Rechtsähnlichkeit bei Selbständigkeit des Besitzdieners	120
2.3.2. Keine die Analogie hindernden Umstände	122
II.2.3.B. Besitzerwerb durch einen gutgläubigen Besitzdiener bei eigener Bösgläubigkeit des Besitzherrn	126
ABSCHLUSSBETRACHTUNG	130
LITERATURVERZEICHNIS	131

EINLEITUNG

1. Die Rechtssysteme sind *logische Systeme*, deren Sätze durch mannigfaltige Interessen hervorgebrachte Lebenssituationen betreffen¹. Diese Sätze – Rechtsregeln – sehen das Geschehen solcher Situationen (vor) und sie fallen so auf sie, wie sie sich (kenn)zeichnen lassen. In der Tat sagen die Rechtsregeln denjenigen, die sich in der Rechtswelt befinden, was rechtserheblich ist oder nicht. Zweckmäßigerweise darf man deshalb *topologisch* denken: Was in die Rechtswelt eintritt und was nicht eintritt. Durch diese Regeln kann man die Willkürlichkeit des Soziallebens, die Unordnung der Interessen, den tumultartigen Menschenhedonismus stark verringern². Die Rechtssätze sind nicht verschieden von anderen Sätzen: Man benutzt Begriffe, um zu gewährleisten, dass, wenn *a* geschieht, so *a'* folgt. Unmöglich wäre es dahin zu gelangen, wenn nicht den Rechtsbegriffen die *Lebenstatsachen* entsprechen würden, selbst wenn diese Fakten des Lebens durch das menschliche Denken hervorgebracht werden. Im Grunde genommen ist die Sozialaufgabe des Rechts, den Interessen, den Lebensgütern Werte zu erteilen, und deren Verteilung auf Menschen zu regeln. Dieser Punkt steht im Vordergrund.

2. Das Rechtssystem enthält u. a. Rechtsregeln. Diese werden durch Rechtsbegriffe formuliert. Man muss das Faktische kennen lernen, nämlich die Menschenverhältnisse und die Tatsachen, welche die juristischen Regeln betreffen, um jene durch diesen gezeigten Tatbestand genau zu erkennen. Hier tritt die Notwendigkeit in den Vordergrund über die Rechtsregeln konsequent nachzudenken, als auch die Genauigkeit und die Präzision der Begriffe zu untersuchen.

Wenn einerseits und zu Recht die Methode der Begriffsjurisprudenz abzuweisen ist, weil sie sich auf die Begriffe richtete ohne Rücksichtnahme auf das Ganze der Rechtsregeln und gewissermaßen selbst auf das Rechtssystem, sind andererseits gleichermaßen die Methoden zu vermeiden, welche nicht berücksichtigen, dass die Rechtsregeln durch Begriffe gemacht werden und dass diese eigene historische Fixierung haben und zu präzisieren sind³. Das zu verehrende, historische Element ist äußerlich – d. h. sozial – als innerlich und psychologisch.

¹ PONTES DE MIRANDA, I, 13 ff, und ebenso zum folgende.

² Ähnlicherweise KOHLER, I, 8.

³ Ähnlicherweise v. TUHR, I, XIII u. Fn. 8-9.

Hiermit ist sowohl die Forschung der sog. *voluntas legislatoris*, wie die Nachforschung der sog. *voluntas legis* abzuweisen⁴. *Ratio legis* ist keine *voluntas legis*: das Gesetz will nichts, das Gesetz regelt. Der Sinn ist das, was im Gesetz rechtssystematisch vorliegt, und nicht das, was der Gesetzgeber wollte, noch das, was zu der Zeit das Gesetz will. Die *gesetzgeberischen Arbeiten* sind deshalb von **geringerem** Wert. Was verkündigt wurde, ist der durch deren Worte und Sätze gebildete Gesetzesbuchstabe. Demzufolge, wenn man das Gesetz liest, d.h. interpretiert, ist in der Tat das Rechtssystem, in welches es eintritt, im Gedächtnis zu behalten, und sind die Geschichte, der Text und die systematische Darlegung zu lesen, weil der Gesetzestext sich objektiv zwischen der Geschichte und dem System befindet.

3. Der Hinweis auf die Ausdrücke durch welche die Sätze und Erläuterungen, nämlich die sog. Rechtsregeln gebildet worden und zu bilden sind, tritt als Rechtswissenschaftsaufgabe in den Vordergrund. Das historische Werden dieser Regeln lässt sich unter soziologische Gesetze fassen. Eine andere nicht zu vergessende Aufgabe liegt darin, die Darstellung der Regeln jeder Zeit auszulegen und aus diesen gewisse Grundsätze (Normen) herauszuziehen, dergestalt, dass die *quasi* vollständige Fülle des Rechtssystems erreicht wird.

Seit mehr als zwei Jahrtausenden – besonders aber im letzten Jahrhundert – ist es einem großen Forscherbemühen gelungen, das gemeine Werk als Erläuterungen der eigenen Erläuterungen bzw. der Formulierungen zu festigen, so dass die Sprache und Logik des Rechts immer weniger unvollkommen wurden.

Diese Anstrengung hat die Begriffe präzisiert, der Darlegung systematische Gestalt gegeben, und den kritischen Verstand mehrerer Generationen vervollkommnet. Die Unterordnung der Rechtswissenschaft unter die aus der zeitgenössischen Logik resultierte Methodologie – den Bezug auf die Systemstruktur inbegriffen – ist die zuletzt erreichte Stufe gewesen.

4. Wenn man das zeitgenössische Privatrecht betrachtet, gibt es wenige, die berücksichtigen, dass die derzeit herrschende Lehre in einem Zeitraum von mehr als zwei Jahrtausenden gewachsen ist. In der Tat will es scheinen, man habe im Laufe dieser zwei Jahrtausende immer bessere Wege gefunden, ja entdeckt, das zwischenmenschliche Verhältnis zu regeln. „*Entdecken*“ ist deshalb das richtige Wort, weil wenig hervorgebracht wurde: Enthüllt wurde in den Lehrbüchern, in Ausarbeitungen von Rechtsregeln und in den Besprechungen, was

⁴ Dazu PONTES DE MIRANDA, Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, 522 ff.

wertvoll ist, um die Probleme der menschlichen Interessen zu lösen⁵. Manchmal wurde die Lösung während mehrerer Jahrhunderte gesucht. Am Ende ist das Recht – selbst das Nichtgewohnheitsrecht – Werk von zahllosen Menschen.

Das Privatrecht seinerseits ist ein Teil des Rechtssystems. Sowohl das ganze Rechtssystem, wie auch jedes Rechtsgebiet ist ein logisches System. Es ist weder kontemplativ noch teleologische Lehre. Das heißt, ein logisches System ist zu gestalten. Das Rechtssystem kann das gesamte Rechtssystem oder ein Teil des Rechtssystems – z.B. das Bürgerliche Recht – eines Staates sein. Es lässt sich sowohl auf Definitionen beschränken, wie auch auf Erläuterungen der Grundsätze oder Regeln. Es ist logisches System oder Teil desselben. Obwohl man irgendein *hypothetisches* System denken kann, ist das zu betrachtende Rechtsgebiet zum vorhandenen (geltenden) Rechtssystem gehörig.

5. *Rechtsregeln und Tatbestand*. Die Regel ist Norm, durch die der Mensch die Lebensgüter zu verteilen versucht, indem er die Tatsachen gewisser Ordnung und gewisser Voraussicht unterordnen wollte. Was durch sie vorgesehen wird und worauf sie sich auswirkt, ist der Tatbestand. Zur Behandlung des bereits in Kraft getretenen Rechts, d.h. *lex lata*, interessiert uns folgendes: a) die Tatsache der Rechtsregeln, weil sie in der Welt der Menschenverhältnisse und des Menschendenkens existiert; b) die Tatsache, dass die Tatbestände sich bilden lassen; c) die Tatsache der Auswirkung (Einfall, Greifen) der Norm.

6. *Rechtstatsache und Rechtswirksamkeit*. Rechtswirksamkeit ist was in die Rechtswelt eintritt als Folge der Rechtstatsachen. Sie ist weder, wie z.B. MANIGK⁶ erläutert, „die in Gemäßheit des objektiven Rechts eintretenden Veränderungen in der Rechtswelt“, noch, wie BEKKER⁷, „die sich auf die Rechtsverhältnisse auswirkenden Veränderungen“. Es ist also zu bemerken, dass die Wirksamkeit dem Tatbestand *nicht unmittelbar* entspricht, was im Gegensatz dazu steht, was die Rechtslehre häufig erläutert⁸, dass *die Tatsache* die Rechtsfolge nach sich zieht. Die den Tatbestand bildenden Elemente sind Voraussetzungen der Rechtstatsache; die Rechtstatsache ist was aus dem mittels Auswirkung der Rechtsregel auf denselben Tatbestand in die Rechtswelt eintritt. Demzufolge ist *die Rechtstatsache*, die unweigerlich die Rechtsfolge nach sich zieht. Die verschiedenen logischen Momente sind weder miteinander

⁵ Ebenso KOHLER I, 8, 78.

⁶ MANIGK, Das Anwendungsgebiet, 16.

⁷ E. I. BEKKER, System des Pandektenrechts, I, 1 (*Zit. nach MANIGK, aaO.*).

⁸ Zur älteren Lehre vgl. etwa BEKKER, Grundbegriffe, 65; zur heutigen BORK, 110.

zu verwechseln noch außer acht zu lassen. „Die Rechtswirksamkeit ergibt sich **nur** aus den Rechtstatsachen“⁹.

Der Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Recht ist nicht in den Vordergrund zu stellen. Objektives Recht ist die Rechtsregel – also vor jedem subjektiven und nicht individualisierten Recht. Nur nach dem Greifen (Auswirkung) der Rechtsregel treten die Tatbestände in die Rechtswelt ein, wo sie dann zu den Rechtstatsachen werden. Die subjektiven Rechte und alle anderen Wirkungen sind Wirksamkeit der Rechtstatsache und deshalb *posterius*. Von der Logik her kommt das objektive nicht vor dem subjektiven Recht. Es ist etwas anderes: „Recht“ in beiden Ausdrücken stellt zwei Bedeutungen des Wortes, d. h., zwei verschiedene Tatsachen. Objektives Recht ist Fakt der politischen Welt, die es an den Rand der Rechtswelt bringt, um diese zu verursachen, zu bilden, denn die Rechtstatsachen, d. h. die Rechtswelt, ergeben sich aus der Auswirkung (= Einfallen, Greifen) des objektiven Rechts (= der Rechtsregeln). Seinerseits ist das subjektive Recht schon *Wirkung* der Rechtstatsachen. Es gilt hier den Unterschied zu beachten zwischen der faktischen und der juristischen Welt; letztere ist das Rechtssystem. Anschließend ist zu beachten der Unterschied zwischen den **verschiedenen Rechtsebenen**, nämlich der Ebene von der Existenz (= **Rechtsvorhandensein**), der von der **Rechtsgültigkeit** und der von der **Rechtswirksamkeit**. Sie sind die **logischen Ebenen** der Rechtswelt und bilden sie insoweit, als sie die Rechtstatsachen dem Rechtssystem zuordnen. Die in Rede stehenden und zu bleibenden, also die Ebenen von der Existenz und von der Wirksamkeit, treten im Rahmen dieser Arbeit in den Vordergrund, da die Gültigkeit nur die Rechtsgeschäfte bzw. rechtsgeschäftsähnliche Handlungen betrifft, was grundsätzlich mit *Besitz und dessen Erwerb* nicht zusammenhängt.

7. *Veränderung in der Welt*. Jede Tatsache ist ihrerseits Veränderung in der Welt. Die Welt lässt sich durch Fakten bilden, in denen neue Fakten geschehen. Die Rechtswelt andererseits lässt sich durch Rechtsfakten bilden. Die Tatsachen, die in die Rechtswelt eintreten, geschehen in der Welt, d. h., sie *sind*, sie *existieren*. Die Welt sind nicht anders als das Ganze der Tatsachen¹⁰; würden die Rechtstatsachen, die von sich aus die Rechtswelt bilden, ausgeschlossen, so wäre nicht die Welt das Ganze der Tatsachen. Zweckmäßigerweise macht man Tatsachenmodelle – inkl. der Rechtstatsachen - so, dass das Rechtsbild die Rechtswelt beschreibt, um diese in die Gesamtwelt einzufügen. Zur Erläuterung sei angefügt:

⁹ PONTES DE MIRANDA, I, 50.

¹⁰ Vgl. dazu die Thesen von Friedrich WAISMANN, Wittgenstein und der Wiener Kreis, in Wittgensteins Schriften 3, Frankfurt a. M. 1967, 233.

„(a) Die Rechtswelt befindet sich in der Menge, die als Welt genannt wird. (b) Die Welt zusammen mit ihren Tatsachen wirkt bei dem Aufbau der Rechtswelt; jedoch ist nur die Rechtswelt eine solche, die die Rechtsbewirkung auswählt und feststellt, eine, die nicht notwendigerweise der faktischen Kausalität entspricht. (c) Das Recht adjektivisiert den Sachverhalt, damit er juristisch wird und damit in die Rechtswelt eintritt“¹¹.

8. *Auswirkung der Rechtsregel.* Die Rechtsregeln – d. h. abstrakte Normen - müssen sich auf die Tatsachen auswirken, so dass diese juristisch (rechtlich, rechtserheblich) werden: die Rechtsnormen müssen die Tatsachen so greifen, wie die Normen auf diese (ein)fallen und wie sie diese treffen, um diese zu „kolorieren“, damit die Tatsachen rechtlich, d. h., Rechtstatsachen werden. Die Rechtsregeln wirken sich auf die Tatsachen aus, die in der Welt geschehen, indem und obwohl die Rechtsregeln diesen nach begrifflichen Unterscheidungen zuordnen. Das Wesentliche des Gesetzes liegt nicht in seiner Allgemeinheit. Die Allgemeinheit ist etwas, das die Sozialentwicklung von dem Gesetz fordert: Die Rechtsregel soll gleich sein für alle Tatsachen gleicher Art, d. h. sie muss gleichmäßig sein (Art. 3 I GG). Wesentlich für das Gesetz ist die bereits erwähnte Auswirkung, durch die der Sachverhalt Rechtstatsache geworden und deren Wirksamkeit festgesetzt wird. Die Auswirkung der Rechtsregel geschieht als Tatsache, die die Rechtswelt fortdauernd hervorbringt. Sie ist zwar eine zur Welt unserer Gedanken gehörende Tatsache, aber wahrnehmbar durch *in* der Gesamtwelt geschehende Folgen. Wenn § 1922 I BGB vorschreibt, mit dem Erbfall gehe die Erbschaft auf die Erben über, setzt er fest, der Rechtstatsache des Erbfalls folgt *ohne weiteres* die Rechtstatsache des Erbschaftsübergangs (Anfallsprinzip). Alles das lässt sich zwar durch das Denken vollziehen, welches in der Rechtsregel vorliegt, und diese wirkt sich auf den Sachverhalt aus (*Einfallen = Gedanke, Idee; auch Drang bzw. Eindringen; aus Fallen = Bewegung - aufgrund des eigenen Gewicht - nach unten, wo man liegen bleibt*), aber das lässt sich durch die Folgen *wahrnehmen*: Der Eintritt der Erben ins Haus, die Ausräumung desselben, die eventuelle Versteigerung der Nachlassgegenstände bzw. die Zuteilung der eingenommenen Geldsumme. Das gilt auch für das, was man vom Gerichtsschreiber, von den Anwälten und bei den Gerichtssitzungen *hört*. Deshalb stellte BEKKER¹² fest, das objektive Recht (die greifende Rechtsregel) sei eine Art der Gattung „Geistwirklichkeit“ – mit seinen

¹¹ PONTES DE MIRANDA, I, 51-52.

¹² BEKKER, Grundbegriffe, 51, 64.

Vorraussetzungen und seinen Folgen (Wirksamkeit) zusammen -, d.h., ein selbständig wirkendes Etwas. Die Rechtsverhältnisse, die subjektiven Rechte, die Rechtspflichten, die Rechtseigenschaften der Personen und der Sachen u. a. vollziehen sich nicht in der Wahrnehmungswelt, sondern in der Gedankenwelt, die Teil der Gesamtwelt ist. Aus diesem Grund verbinden sie sich mit den Tatsachen der Wahrnehmungswelt, was sich später (im Rahmen der Gerichtsbarkeit) beweisen lässt: „Jeder Rechtsbeweis ist Beweis des der Rechtsregelauswirkung vorangehenden Sachverhaltes und der Rechtsregel an sich – d. h. als Tatsache“¹³.

9. *Rechtswelt*. Das Juristische bringt viel aus der Naturwelt, sodass das geregelte zwischenmenschliche Leben ein physisches, vitales, psychisches Ganzes – sozial genannt - bildet, in dem die Anordnungen sich verschlingen, insoweit die Auswirkung der Rechtsregeln dazu beiträgt, dass die Tatsachen rechtserheblich (= Rechtstatsachen) werden. Man lebt in dieser Welt, und nicht in der rein physischen oder ebenso wenig in der rein biologischen Welt. Sie ist sowohl eine Welt von wissenschaftlichen Gesetzen, die den Sachverhalt *beschreiben* und die mit ihnen übereinstimmen – also „gesuchte“ Gesetze - wie auch eine Welt von Gesetzen i. w. S. (z. B. die Rechtsregeln), die sich auf die Tatsachen auswirken, statt mit ihnen übereinstimmen, weil sie von Menschen gemacht und nicht gesucht oder gefunden wurden. Was künstlich, technisch, aber unreduzierbar ist, ist folgendes: die rein *mechanische* Verwirklichung der Rechtsregel war und ist nicht möglich. Wenn die Rechtsregel mit den Tatsachen übereinstimmen, zusammenfallen würde, bräuchte sie keine eventuelle *Anwendung*, und die logische und politische Trennung zwischen „Auswirkung und Anwendung“ wäre nicht möglich gewesen.

10. *Die rechtliche Kausalität*. Die Kausalität in der Rechtswelt hängt mit der Struktur des menschlichen Denkens und mit der Entdeckung dessen zusammen, dass man für die Tatsachen Regeln übernehmen kann, die sich auf sie auswirken. Das Gesetz ordnet nicht an, dass sich seine Regeln auswirken, sondern es wirkt aus sich selbst, weil es und die übrigen Rechtsregeln zu diesem Sozialanpassungsverfahren, d. h. dem Recht, erdacht wurden. Die Auswirkung ist folglich ein typischer Begriff: Sie befindet sich zwischen der Gesetzgebung und der sich aus der Rechtstatsache (= Tatsache + Auswirkung) ergebenden Wirksamkeit. Die Abhängigkeit der Rechtswirksamkeit von den Rechtsregeln lässt sich durch das *Prinzip von*

¹³ PONTES DE MIRANDA, I, 52-54; vgl. noch MUSIELAK, 384; ebenso bemerkenswert vgl. ENDEMANN, 38: „Die juristische Wahrheit ist stets Surrogat der natürlichen Wahrheit und stets rechtliche Wirkung gewisser gesetzlicher Momente“.

der rechtlichen Kausalität der Rechtswirksamkeit ausdrücken. Das Recht sieht von der faktischen Kausalität ab, weil es seine Welt auf das Denken hervorbringt.

11. *Der Tatbestand.* Der Tatbestand der Rechtsregel kann verschiedener Arten sein. Schon hier beginnt die Gliederungsfunktion der Rechtsregel: die Tatsachen zu unterscheiden, wovon rechtserheblich ist und was nicht. Betreffs der Wirkungen der Tatsache auf welche die Rechtsregel sich ausgewirkt hat, sind es wenige, die rechtlich werden. Viele werden durch das Recht selbst hervorgebracht, indem sie der faktischen Kausalität fremd sind. Diese Bindung von Rechtsfolgen, ebenso wie Ernst ZITELMANN¹⁴ erläuterte, erschöpft nicht die Tatsache der Verbreitung der Rechtswirkungen. In der Tat werden die Tatsachen als rechtlich angesehen (= eingeführt in die Rechtswelt), um zwar Rechtswirksamkeit zu haben, aber in dem Sinn, dass die Rechtstatsachen die mit Rechtsfolgen gebundenen Tatsachen sind¹⁵, ist zur Definition derselben nicht ausreichend. Selbst wenn die Wirksamkeit der Rechtstatsache unverzüglich ist, ist von der „Nachherigkeit“ der Tatsache zu *abstrahieren*, um dieselbe zu definieren. Dafür ist ausreichendes Argument, dass der Definierende von dem Definierten zeitlich oder sogar räumlich entfernt sein kann: Es gibt nachwirkende Rechtstatsachen, wie etwa das Testament. Rechtstatsache ist dann der Tatbestand, der als rechtserheblich angesehen bzw. rechtlich wird. Nur deren Eintritt in die Rechtswelt, und nicht deren wirkende Fortdauer kann sie definieren. Hier ist nicht zu vergessen, dass die Rechtshandlung bzw. das Rechtsgeschäft weder konkrete Norm oder Privatregel noch der einzelne Tatbestand ist; daraus ist zu schließen, dass sie genau wie andere Rechtstatsachen zu behandeln sind. „Das Recht schematisiert die Naturwelt, um dazu zu gelangen, dass sie gewissermaßen und mit präzisen Umrissen rechtlich wird (Prinzip der Schematisierung des Faktischen)“¹⁶.

Eines der Elemente, die den Tatbestand bilden, ist der *Kern*; von ihm hängt der Zeitpunkt der Rechte ab, mit ihm hängt die Zwischenzeitrechtsregel zusammen, so z. B. der Tod betreffs des Erbfalls, das Zusammentreffen der Willenserklärungen bei den Einigungsverträgen, die Übergabe der Sache bei den Realverträgen.

Der faktische Zustand (z. B. taub zu sein) – selbst wenn rechtlich, wie etwa verheiratet zu sein – und der Zustand der Rechte, Ansprüche, Klagen und Einreden sind nicht miteinander zu

¹⁴ ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, 206: „Während in der Natur jede Tatsache ihre Wirkung hat, sucht sich das Recht, weil es eine freie Schöpfung des Menschen ist, die Tatsachen bzw. Tatsachenkomplexe an welche es Rechtswirkungen binden will, erst aus“.

¹⁵ Ähnlicherweise BORK, 110. Ebenso v. TUHR, II/I, 7; SAVIGNY, System III, 3 (Zit. nach v. TUHR aaO Fn. 13a).

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, I, 68.

verwechseln. Bei diesem Zustand handelt es sich weder um Element des Tatbestandes noch um ein Rechtsverhältnis, sondern um das, was „(rechts-)subjektiv“ resultiert hat. Jedoch bilden einige Rechtsregeln ihren Tatbestand aus gewissen Rechtstatsachen – inkl. resultierter Rechtszustände. „Mittels dieses Brokats von physischen, psychischen und rechtlichen Tatsachen erlangt das Recht aufgrund von absolutem und a priori Determinismus die Sozialstrukturierung“¹⁷.

Die Rechtstatsachen verlieren keine rechtliche Kennzeichnung, wenn sie Tatbestandselemente werden, sie werden also nicht wieder nur tatsächliche Elemente. Das tatsächliche Element, das sie zum Tatbestand mitbringen, ist genau die Rechtstatsache, womit sich erhellt, dass sie in ihn als Rechte und nicht als die tatsächlichen Elemente ihres Tatbestandes gehören. Zu Unrecht deshalb A. von TUHR¹⁸, weil der Tatbestand nicht nur aus Tatsachen besteht. Dieser Rücktritt in das Faktische gelingt nicht: Das Juristische als solches bleibt bei dem Tatbestand, ohne die übernommene Rechtserheblichkeit zu verlieren.

12. *Der Zusammenhang der Tatsachen mit einer Person.* Die „rechtserheblichkeitsfähigen Tatsachen“ hängen *immer* mit jemandem zusammen, seien es, weil sie mit ihm zu tun haben (Geburt, Großjährigkeit, Tod, Ehe), sei es, weil sie seine Rechtssphäre betreffen oder weil sie auf seine Handlungsweise Rücksicht nehmen¹⁹. „Das Recht erwirkt mittels Verhältnissen *zwischen* und Bindungen *an* Menschen die Sozialanpassung, womit es ein besonderer Sozialprozess wird“²⁰. Der Besitz selbst hängt mit jemandem zusammen, obwohl er das *materiellste Rechtsverhältnis* bewirkt.

13. *Begriff und Gliederung der Rechtstatsachen.* Die Rechtstatsache ist die Tatsache oder der Tatsachenkomplex, auf die oder den die Rechtsregel sich ausgewirkt hat. Zu sagen, dass die Norm die Wirksamkeit verursacht, ist ebenso falsch wie zu sagen, dass der Tatbestand die Wirksamkeit verursacht. Die Wirksamkeit ist diejenige, die sich aus der Rechtstatsache ergibt.

Die Rechtstatsachen i. w. S. gliedern sich wie folgt: Rechtstatsachen i. e. S. und Rechtshandlungen i. w. S. Die Rechtstatsachen i. e. S., nämlich Ereignisse, sind alle Tatsachen, die nicht im Verhalten eines Rechtssubjekts bestehen: etwa der Fristablauf bei der Verjährung (§ 222 I BGB), der Tod bei der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 I BGB).

¹⁷ Ebd., 81-82.

¹⁸ v. TUHR, II/I, 9.

¹⁹ Ebd., 11.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, I, 71.

Die Rechtshandlungen i. w. S. lassen sich zunächst einmal unterteilen in rechtmäßige und rechtswidrige; die letzten gehören in erster Linie zum Deliktsrecht (§§ 823 ff BGB) und werden dort auch als unerlaubte Handlung bezeichnet. Die rechtmäßigen lassen sich in Rechtstathandlungen, Rechtshandlungen i. e. S. und Rechtsgeschäfte unterteilen.

Die Rechtstathandlungen, nämlich die sog. *Realakte* sind zwar menschliche Handlungen, aber sie werden als *Ereignisse* deshalb *behandelt*, weil die Rechtsregel sich auf sie **mit Abstraktion des Willens** auswirkt. Hierher gehört etwa die Verarbeitung einer Sache nach § 950 I S.1 BGB oder der **Besitzerwerb** nach § 854 I.

Die Rechtsgeschäfte sind Erklärungen, an die das Gesetz eine Rechtsfolge nur dann knüpft, wenn diese gewollt ist, also vom (rechtsgeschäftlichen) Willen des Handelnden umfasst wird (z. B. Kaufvertragsabschluss nach § 433 BGB).

Zwischen den Realakten und den Rechtsgeschäften stehen schließlich die Rechtshandlungen i. e. S., nämlich die rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen. Sie sind Wissens-, Gefühls- oder Willensäußerungen – Kundgebungen inkl. – ohne Rechtsgeschäftsgestaltungszweck, deren Rechtsfolgen von Gesetzes wegen eintreten und nicht deshalb, weil sie gewollt sind (z. B.: die Mahnung nach § 284 BGB). Die Tatsache aber, dass die Rechtsfolgen gewollt sein können reicht dazu aus, dass auf sie die Rechtsgeschäfts betreffenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Hierbei ist deshalb darauf zu achten, dass die *nur* (rechtsgeschäftliche) Willensdarstellung umfassenden Vorschriften angewendet und, a fortiori, dass die mit eventueller Willensdarstellung Rechtshandlungen i. e. S. in Willenserklärungen umgesetzt werden, weil solche Darstellung nicht darauf gerichtet ist, *Geschäft rechtlich* zu machen – d. h. diese Willensdarstellung, wenn sie existiert, ist kein Tatbestand der Rechtstatsache, und erreicht daher keine Rechtswirksamkeit als Wirksamkeit dessen, was die Rechtstatsache solcher Darstellung beibehält. Hier ist jegliche Definition der rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen, sofern es sich um einen Teil der Erklärungen handelt²¹, abzulehnen, wie bereits oben begründet wurde.

14. *Begriffe von Verhältnis und Rechtsverhältnis*. Steht *a* gegenüber *b*: *aVb*, so folgt ein Verhältnis. Das Rechtsverhältnis kommt zwischen Menschen zustande, d. h. Beziehungen von Personen zu Personen, die – als Rechtssubjekte – Rechte, Pflichten, Ansprüche, Schulden, Klagen und Einreden innehaben können.

²¹ So etwa BORK, 111.

Wirkt sich die Rechtsregel auf ein *Lebensverhältnis* aus, so kann man dieses als *grundlegend* – d. h. **grundlegendes Rechtsverhältnis** – bezeichnen: Die Auswirkung der Rechtsregel trifft hier *Fundamentales* – wie etwa die Ehe, das Eigentum und der Besitz. Wenn aber das Verhältnis *nur* nach Auswirkung eintritt und sich *nur* aus dieser ergibt, so geschieht es in der Wirksamkeitsebene, denn das Recht behandelt dies als eigene Schöpfung und lässt damit Veränderungen zu, die in der tatsächlichen Welt unzulässig sind – die sog. Rechtswirksamkeitsgehörenden Rechtsverhältnisse oder Innenrechtsverhältnisse. Dieser Unterschied tritt in den Vordergrund.

Einerseits ist es bei den grundlegenden Rechtsverhältnissen nicht notwendig, dass Rechte und Pflichten unverzüglich eintreten – vielleicht treten sie sogar niemals ein. Andererseits ist es bei den Innenrechtsverhältnissen notwendig, dass zumindest zu dem Eintritt „Wirkung zu sein oder Wirkung zu haben“ zusammenfällt. Das Verwandtschaftsrechtsverhältnis beispielsweise kann vorhanden sein, bevor Rechte und Pflichten eintreten, ebenfalls der Wohnsitz. Die Rechtsverhältnisse sind zahlreicher als die Bindungen Rechten-Pflichten²². ME ist es unrichtig, wenn man ein Rechtsverhältnis nur als Inbegriff von Rechten und Pflichten denkt²³. „Diese können Darstellung der Rechtsverhältnisse sein, was tatsächlich oft geschieht. Deshalb können die Rechtsverhältnisse *nicht nur* in der Rechtswirksamkeitserstreckung vorliegen“²⁴.

Anzumerken ist an dieser Stelle: die Beziehung von Sache zu Sache ist nur tatsächliches Verhältnis; die Beziehung von Person zu Sache ist zwar ein Verhältnis, aber *kein* Rechtsverhältnis.

15. *Rechtsregel und Rechtsverhältnis*. Die Rechtsregeln sind Regeln zu den Verhältnissen von Personen zu Personen. Die zwischenmenschlichen Verhältnisse sind Welttatsachen, die durch die Rechtsregeln rechtlich gemacht werden. Kommen die Rechtstatsachen zustande, so sind alle sich aus ihnen ergebenden Verhältnisse Wirkungen, wohl aber kann die Rechtstatsache an sich bereits Rechtsverhältnis sein. Sind die Rechtsverhältnisse mit den Tatsachen, aus welchen sie sich ergeben, nicht zu verwechseln, so ist hier zu sagen, dass Tatsachen Elemente des Tatbestandes und keine Rechtstatsachen sind. Die Rechtsverhältnisse sind nicht nur Wirksamkeit (= Rechtsfolge) der zwischenmenschlichen Verhältnisse, nachdem diese rechtlich wurden, sondern auch das rechtlich Werden dieser Verhältnisse selbst. Jedes

²² Zutreffend MANIGK, 14.

²³ So etwa LARENZ/WOLF, 253; K. HELLWIG, Anspruch und Klagerecht, 3 f (*Zit. nach MANIGK aaO*).

²⁴ PONTES DE MIRANDA, I, 170.

Rechtsverhältnis, das mit der „vorherigen“ Rechtstatsache zusammenhängt, ist zwar Wirkung, aber zusätzlich mit einer anderen Tatsache, die beim selben Ereignis mitgewirkt hat. Als Andreas von TUHR²⁵ beispielsweise definiert hat, das Rechtsverhältnis sei die Rechtsfolgen der Lebensverhältnisse, hat er die Ursache durch die Folge definiert. Lässt sich die Tatsache rechtlich machen, so werden die durch sie implizierten Verhältnisse rechtlich. Nur die Nachherigkeit dessen ist Rechtswirksamkeit. Ergeben sich daraus *neue* Rechtsverhältnisse, nämlich Innenrechtsverhältnisse, so handelt es sich um eine andere Frage.

Nachdem das Rechtsverhältnis rechtlich geworden ist, wird es *zwischen subjektiv* (Rechten-Pflichten betreffender Begriff). In der Wirkungsebene können neue Rechtsverhältnisse geschehen, also die bereits erwähnten Rechtswirksamkeitsgehörenden Verhältnisse. Das Rechtsverhältnis aber, das sich ab initio bilden lässt, ist keine Rechtstatsachenwirkung; hängt mit ihm irgendeine Wirksamkeit zusammen, so ist diese diejenige der Rechtsregel selbst (= Auswirkung, Greifen o. ä.), was etwas ganz anderes ist.

„Demzufolge ist das *grundlegende Rechtsverhältnis keine Wirkung der Rechtstatsache*. Bei ihm handelt es sich um *gesetzliche* Wirkung, d. h. Wirksamkeit der sich ausgewirkt habenden Rechtsregel. Bei der Rechtswirkung (= Rechtsfolge), nämlich Verbreitung der Rechtstatsache und des Rechtsverhältnisses selbst, handelt es sich um etwas anderes“²⁶.

16. *Innenrechtsverhältnis bzw. Wirksamkeitsgehörendes Rechtsverhältnis*. Das grundlegende Rechtsverhältnis unterscheidet sich von dem Innenrechtsverhältnis deshalb, weil das erste das rechtliche Werden eines Lebensverhältnisses ist und weil das letzte nur Rechtsfolge der Rechtstatsache ist. Das Verwandtschaftsrechtsverhältnis beispielsweise ist grundlegendes Rechtsverhältnis, so auch u. a. bei der Staatsangehörigkeit, beim Wohnsitz, bei der Persönlichkeit, beim **Besitz** (irgendeiner Besitzlehre, unesehen ob es sich um Recht oder Tatsache handelt) und beim Eigentum. Das Rechtsverhältnis z. B. zwischen Gläubiger und Schuldner ist *nur Innenrechtsverhältnis* – also zur Rechtswirksamkeitsebene gehörendes Rechtsverhältnis. Alle diese Rechtsverhältnisse können aber Gegenstand von Feststellungsklagen sein (§ 256 ZPO).

²⁵ v. TUHR aaO, I, 123.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, I, 171-172.

Die Tatsache, dass die Innenrechtsverhältnisse und die grundlegenden Rechtsverhältnisse sich unterscheiden, lässt zu, dass nach Erlöschen ersterer, das Erlöschen letzterer beispielsweise durch *contrarius consensus*, neue Innenrechtsverhältnisse gestalten kann, die zur Rückgabe verpflichten. Die Kreditabtretung betrifft den Kredit, d. h. das Innenrechtsverhältnis; das *contrarius consensus* seinerseits das grundlegende Rechtsverhältnis, also den Vertrag. *Jede Abtretung betrifft immer nur die Wirksamkeitsgehörenden Rechtsverhältnisse (Innenrechtsverhältnisse).*

Das Wohnsitzverhältnis beispielsweise ist ein Verhältnis zwischen dem Inhaber des Wohnsitzes und allen anderen Personen betreffs seiner Niederlassung am Orte. Die Beziehung vom Inhaber zum Wohnsitz hat nichts mit dem Begriff von Rechtsverhältnis zu tun: Es handelt sich vielmehr um ein topologisches, funktionales Verhältnis (z. B. bei Soldaten). Der Tatbestand bildet sich mit dem erwähnten Verhältnis **und** dem Rechtsverhältnis der ansässigen Person und den anderen. Auf diesen Tatbestand wirkt sich (greift) die Rechtsregel des § 7 I BGB aus. Bei der Wohnsitzbegründung handelt es sich um keinen Realakt, sondern um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Kann das Rechtsverhältnis nicht zustande kommen, dann ist die negative Feststellungsklage zulässig; kommt es zustande, so ist die positive Feststellungsklage zu erheben (§ 256 I ZPO).

17. *Rechtsnachfolge und Rechtsverhältnis.* Sagt man, dass es sich bei der Rechtsnachfolge nicht nur um Rechte und Pflichten, sondern auch um Rechtsverhältnisse handelt, so benutzt man das Wort Nachfolge nicht im rechtlichen Sinne, wohl aber im weiteren Sinne, was nur die chronologische Nachfolge, d. h. die Folge, die Fortsetzung enthält. Wird der Sinn daher enger gefasst, so wird man zweifellos irren; wird er weiter gefasst, so irrt man nicht. Der Erbe tritt deshalb nicht in die Rechtsverhältnisse, sondern in die Rechte und Pflichten des Erblassers ein, weil diese sich auf der Seite des Rechtsverhältnisses befinden, sei es aktiv oder passiv. **Bei den Verhältnissen tritt kein Ersatz der entsprechenden Gegenseiten ein, ohne dass das Verhältnis ein anderes wird.** Wenn der Kamin mich wärmt, gibt es ein Verhältnis zwischen ihm und meinem Körper. Verlasse ich mein Platz und wird er von anderen eingenommen, so handelt es sich um ein anderes Verhältnis. Verhältnis ohne die entsprechenden Gegenseiten ist nicht denkbar: Die Logik und die Gnosis sind nicht beiseite zu legen.

Betreffs der sog. Innenrechtsverhältnisse, d. h. die durch die Rechtswirksamkeit hervorgebrachten Rechtsverhältnisse, hat das Recht jedoch völlige Freiheit irgendetwas zu erdenken:

„Die Rechtsregel kann die Identität oder Nichtidentität der Innenrechtsverhältnisse erschaffen, selbst wenn die Gegenseiten gewechselt werden, ebenfalls wenn das Verhältnis zwischen denselben wechselt und eben in diesem Fall dieses Verhältnis als dasselbe zu nehmen“²⁷.

18. *Sozialwesen des Rechtsverhältnisses*. Jede Lehre, die ein Verhältnis von Personen zu Sachen zulässt, irrt deshalb, weil sie das Sozialwesen des Rechtsverhältnisses verneint. Verhältnisse zu Sachen wären nicht sozial. Andererseits beachtet man nicht, was man von dem Rechtsursprung weiß – d. h. als „Zusammenlebensprozess zwischen Menschen oder in früheren Zeiten als Versuch eines Anpassungsprozesses zwischen Menschen, Sachen und Tieren, aber alle verstanden als Subjekte“²⁸. Beim dinglichen Recht handelt die Rechtsordnung und kann nur handeln mittels Verboterteilung an den Menschen oder Zwangsausübung auf die Menschen: Das Rechtsverhältnis zur Sache ist überhaupt unmöglich²⁹; mittelbar ist das Rechtsverhältnis nicht, sondern das effektive Verhältnis vom Inhaber zur Sache, das das Recht festsetzen will.

Der Begriff von *Untereintritt*, der bei der Erbfolge zustande kommt, erlaubt es, über sukzessive Innehabung nachzudenken: Dem einen Inhaber folgt der andere nach; aber in das (Innen-)Rechtsverhältnis von A (Vater, Sohn von A), d. h., nicht in das zwischenmenschliche Verhältnis, das rechtlich geworden ist (grundlegendes Rechtsverhältnis), sondern in das Rechtsverhältnis, das *nur* Wirksamkeit ist, deshalb, weil die Rechtsregel hier irgendetwas erdenken kann und darf, inkl. phantastischer Verhältnisse, deren Gegenseiten gewechselt werden, ohne dass sie sich ändern oder dass sie sich ändern und die Gegenseiten bleiben. Es handelt sich hier vielmehr um die ewige Verwechslung von „identisch“ mit „gleich“.

Die Rechtswirksamkeit und die ihrer Ebene angehörenden Rechtsverhältnisse sind von der *Ontologie* her rechtlich; auf keinem Fall aber das zwischenmenschliche Verhältnis, das

²⁷ PONTES DE MIRANDA, I, 176-177.

²⁸ PONTES DE MIRANDA, 181.

²⁹ O. LENEL, Über Ursprung und Wirkungen der Exceptionen, 11 (*Zit. nach PONTES DE MIRANDA, aaO, 181*).

rechtlich wird. Bereits hier lässt sich dieses Rechtsverhältnis und seine Wirksamkeit ganz unterscheiden.

19. *Rechtsverhältnis nur als Innenrechtsverhältnis.* Man kann den Begriff von Rechtsverhältnis auf den des Innenrechtsverhältnisses beschränken. Die Rechtsverhältnisse würden dann nur durch Rechtsfolgen hervorgebracht. Der Eintritt selbst der Tat oder der Tatsache in die Rechtswelt wäre kein Rechtsverhältnis. Rechtsverhältnis wäre nur dasjenige, das sich aus der Rechtstatsache ergeben würde³⁰. Die Rechtstatsache an sich – ohne ihre nachherige Wirksamkeit – wäre deshalb kein Rechtsverhältnis. Nur in die Erstreckung der Rechtstatsache würden Rechtsverhältnisse eintreten. Diese Verengung des Begriffes würde Nachteile bringen: Ein Rechtsverhältnis ist vorhanden, wenn die Rechtsregel sich auf irgendein Sozialverhältnis auswirkt, gibt es z. B. seit dem Abschluss des Vertrags bereits ein Rechtsverhältnis³¹. Deshalb ist bereits jetzt die Feststellungsklage zulässig (§ 256 I ZPO).

20. *Außergewöhnliche Übertragung des Rechtsverhältnisses.* Während Rechte und Pflichten übertragbar sind, ist es das Rechtsverhältnis in der Regel nicht. Deshalb handelt es sich bei der Abtretung um den Übergang der Rechte und/oder Pflichten auf ein anderes Rechtsverhältnis, das nicht identisch mit dem vorherigen ist. Die Rechtssysteme könnten aber deshalb zulassen, dass das Rechtsverhältnis selbst übertragbar ist, weil man sich auf der Rechtswirksamkeitsebene befindet, wo die gesetzgebende Technik alles kann. Üblicherweise wird eine solche Hypothese abgelehnt. In der Regel erlischt das vorherige Rechtsverhältnis, und nur dessen Wirksamkeit bleibt. Ihm folgt ein anderes Rechtsverhältnis, dessen Elemente wie beim vorherigen dieselben bleiben - mit Ausnahme von dem subjektiven Element. Hat das Rechtssystem eine andere Lösung festgesetzt, so dauert das Rechtsverhältnis an. § 571 I BGB schreibt beispielsweise den Eintritt des Erwerbers in alle Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis vor. Nach hM kommt der Eintritt in das Rechtsverhältnis auch zustande³². Es handelt sich dabei eigentlich nicht um einen Fall der Rechtsnachfolge, obwohl die hM dasselbe aussagt. Vielmehr entsteht in der Person des Erwerbers ein neues Mietverhältnis kraft Gesetzes, freilich mit demselben Inhalt wie mit dem Veräußerer³³.

³⁰ So K. HELLWIG, Anspruch und Klagrecht, 4 (Zit. nach PONTES DE MIRANDA, aaO, 183).

³¹ Vgl. dazu K. MARX, Das Kapital, 60: „Dies Rechtsverhältnis, dessen Form der Vertrag ist, ob nun gesetzlich entwickelt oder nicht, ist ein Willensverhältnis, worin sich das ökonomische Verhalten widerspiegelt“. Hieraus ergibt sich deutlich der Begriff von grundlegendem Rechtsverhältnis.

³² v. TUHR, I, 132; PLANCK/GREIFF § 571 Ziff. 2; HELLWIG, Lehrbuch, I, § 42 Note 3; RGRK/GELHAAR § 571 Rn 16; BGH NJW 1962, 1388; MÜNCHKOMM/VOELSKOW § 571 Rn 16; Hk-BGB/ECKERT § 571 Rn 1.

³³ ME zu Recht: PONTES DE MIRANDA, I, 185; STAUDINGER-EMMERICH § 571 Rn 9 mit weiteren Nachweisen.

I. TEIL. ALLGEMEINE BETRACHTUNG VON BESITZ UND DESSEN ERWERB

I.1. DIE RECHTSHISTORISCHE ENTWICKLUNG DES BESITZES

I.1.1. Besitz und tatsächliche Welt

Bei diesem Thema – d. h. Besitz – tritt der Unterschied zwischen der tatsächlichen und der rechtlichen Welt in den Vordergrund. Die Tatsache wird rechtlich, wenn sie in die Rechtswelt eintritt; bevor sie eintritt, ist sie keine Rechtstatsache; wenn sie niemals eintritt, wird sie niemals Rechtstatsache.

Beim Besitz handelt es sich vielmehr um ein tatsächliches Verhältnis von der Person zum *alter*, also zur Gemeinde. Es gibt tatsächliche Beziehungen, und zwar Innehabungsbeziehungen, aber sie sind nicht von Person zu Person (*alter*), deshalb, weil sie etwa zwischen einem Löwen und irgendetwas, das das Haben seiner Höhle stört, stehen. Das menschliche Denken wählt aus, ob die zur tatsächlichen Welt gehörenden Beziehungen rechtserheblich werden oder nicht. Der Besitz ist tatsächlicher Zustand, der bei dem *Gewalt* (= Macht, Herrschaft) geschieht, und nicht notwendigerweise Gewalttat. Das Besitzverhältnis ist auch zwischenmenschliches Verhältnis und der Besitz ist zwar durch Besitztaten ausgeübt, aber die Macht und deren Ausübung lassen sich noch bei der tatsächlichen Welt unterscheiden. Der Besitz ist zwar Macht, er ist aber vielmehr konkrete Möglichkeit derselben, und nicht nur deren Ausübung³⁴.

Bevor man das Thema Besitz weiter ausführt, muss man sich vor Augen halten, dass jedes Rechtssystem eine ihm zu gehörende Besitzlehre beinhaltet. Es gibt keine einheitliche, einzig wahre Besitzlehre. *De lege ferenda* darf man zwar andere oder irgendeine Veränderung empfehlen, aber beide Einstellungen miteinander zu verwechseln gereicht der Wissenschaft und dem Leben zum Nachteil. Der Systematisierung des Besitzes gereichte jahrhundertlang der Wille zum Aufbau, mit römischen Texten oder ohne den nötigen philosophischen Grund, von ‚Besitzlehren‘ zum Nachteil – besonders zur ‚Theoretisierungszeit‘.

³⁴ PONTES DE MIRANDA, X, 7.

Weder die Bildung des Schutzrechtsregeltatbestandes noch dessen Eintrittszeitpunkt in die Rechtswelt genau zu beachten gereicht immer noch der systematischen Ausführung des Besitzes zum Nachteil. Wird der Besitz bereits als Rechtszustand angesehen, was die Kennzeichnung übereilt, oder noch schlechter, bereits vom Besitzrecht so zu sprechen, wie vor der Auswirkung der Schutzrechtsregel das Recht bzw. Rechtsverhältnis schon existierte, so wird die an sich schon komplexe Besitzfrage noch verwirrender. Andererseits ist zu analysieren in der tatsächlichen Welt, wo der Besitz geschieht, was – noch ohne irgendwelchen Rechtsbegriff, weil es ungelegen käme – Menschentatsache *inter (erga) omnes* und was Menschentatsache zwischen bestimmten Personen darstellt. Dieser Unterschied ist kein reines Rechtserdenken, sondern etwas, das bereits in die Sozialbeziehungen gelangt, bevor man in die „Rechtsbegriffswelt“ eintritt. Die Sozialwelt kennt bereits solche Arten von Verhältnissen. Demzufolge ist der Besitzzustand bereits vor dem Eintritt in die Rechtswelt *inter omnes* und – noch mehr – *sachlich*, weil es ein Objekt (= dingliche Sache) betrifft. Nur nach diesem Eintritt darf und kann man denken, ob eine Besitzrechtstatsache existiert, und dann analysieren, ob es sich um Rechtsereignis, Realakt, rechtsgeschäftsähnliche Handlung oder eben Rechtsgeschäft handelt. Zum deutschen Rechtssystem, das von dem *animus* und dem *corpus* abstrahiert, handelt es sich beim Besitz³⁵ - als Element des Tatbestandes der Rechtsregeln der §§ 854-872 BGB - entweder um Realakt, der so nahe der Rechtstatsachen i. e. S. (= Ereignisse) behandelt wird, dass die Rechtsregel von § 857 BGB (Vererblichkeit) ermöglicht wurde, oder in jedem Fall um Rechtsereignis. Dieses Thema wird noch im Rahmen der Ausführung näher behandelt. Nur nach dem Verstoß gegen das Prinzip *Quieta non movere*³⁶ kann man den Eintritt des Besitzes in die Rechtswelt als Rechtstatsache denken. Nur nach diesem Eintritt kann man über *ius possessionis* – d. h. Besitzrecht – denken. Das Recht zum Besitz – *ius possidendi* – hat nichts mit dem Besitz der §§ 854-872 BGB zu tun. Bei ihm handelt es sich vielmehr um das Recht, das irgendein Inhaber von persönlichem oder dinglichem Recht hat, den Besitz zu behalten.

Zur Besitzlehre gem. §§ 854-872 steht die Sachherrschaft (= *possessio*, etymologisch von *potestas* = Gewalt und *sedere* = sitzen abzuleiten), der tatsächliche Zustand, die sachliche Lage, also die tatsächliche Gewalt über die Sache zu. Der Besitz an sich ist *res facti*, nur *res facti*³⁷. Selbst das nachklassische römische Recht hat nicht bewirken können, dass er etwas

³⁵ In dieser Ausführung handelt es sich beim Wort ‚Besitz‘ immer um *Besitz an Sachen*, wenn nichts anderes gesagt wird – wie etwa ‚Rechtsbesitz‘.

³⁶ PONTES DE MIRANDA, X, 13.

³⁷ Paulus D 41, 2, 1, 3: “(...) rem facti, non iuris esse, (...)“.

Analoges einem subjektiven Recht wurde. Würde er als *res iuris* betrachtet, so handelte es sich um eine Missgestaltung des Rechtsbegriffs ‚Besitz‘.

Bevor der Besitz in die Rechtswelt eintritt, ist er nur Sozialtatsache, also Sozialereignis. Man darf noch nicht vom rechtmäßigen Interesse sprechen. Nur noch *tatsächliche* Interessen stehen sich gegenüber. Es gibt noch keine Rechtspflicht von anderen, den ein Recht des Besitzers gegenübersteht; es gibt die Besitztatsache, die, sei es Eigen-, mittelbarer oder unmittelbarer Besitz, sich in der Gesellschaft, d. h. gegenüber dem *alter* ausüben lässt. Nimmt A das Grundstück *a* in Besitz, so setzt er sich in Besitz gegenüber allen anderen. Die Besitztatsache geschieht in der tatsächlichen Welt, und als Sachlage gegenüber jedem, deshalb kann er gegen das Recht von B, C oder irgendeinem verstoßen oder nicht. Verstößt er nicht gegen ein Recht eines Dritten und wird er auch nicht verstoßen, bleibt er in der tatsächlichen Welt, ohne Rechtsbesorgnis zu erregen. Das Rechtssystem interessiert sich für ihn – noch als Sachlage – nur, wenn *jemand* ipso facto gegen ihn zieht oder wenn er gegen das Recht eines Dritten verstößt. Dann schützt das Rechtssystem den Besitz oder das Recht gegen den Besitz. Hierin liegt der Besitzeintrittszeitpunkt in die Rechtswelt vor. Alle in §§ 854-872 vorliegenden Regeln über den Besitz beziehen sich also gewissermaßen auf den Besitzschutz³⁸. Das Recht setzt Friede sowohl in seinem Inneren als auch in seinem Äußeren vor: *Quieta non movere!* Die wohl immer noch hM sieht im Besitz den Schutz der öffentlichen Ordnung an (Friedenstheorie)³⁹.

Bei der Behandlung des Besitzstoffes tritt das Moment des Besitzeintritts in die Rechtswelt in den Vordergrund. Erfolgt beispielsweise die Besitzübertragung auf einen anderen, so tritt dieses Rechtsgeschäft in die Rechtswelt ein mit in seinem Tatbestand vorliegendem, tatsächlichem Besitzelement zusammen (§§ 854 II, 870).

Aus den Interdikten hat die Zivilklage sich ergeben als Institut des materiellen Rechts, ohne dass der Besitz etwas anderes geworden wäre: als *possessio civilis* – eine der Voraussetzungen zur Ersitzung (*ad usucapionem*); oder als bei der Rechtsgrenze stehendes

³⁸ So etwa WIELING, Sachenrecht § 3 IV; DERNBURG, BürgR III 44; PLANCK/BRODMANN 2 vor § 854; STAUDINGER/BUND Rn 12 vor § 854; auch MUGDAN 3, 502; dagegen HECK § 4, 9; SANDTNER, 48.

³⁹ BGH NJW 1979, 1359, 1360; WOLFF-RAISER § 17; J. von GIERKE § 9 I 2; MEDICUS, Besitzschutz, AcP 165 (1965), 115, 119 f. Zur versöhnlichen Meinung der heutigen Rechtslehre zwischen der Friedens- und der Kontinuitätstheorie vgl. WESTERMANN/GURSKY, 67-68; K. MÜLLER, 34 Fn. 2; SOERGEL/MÜHL 13 vor § 854; MÜNCHKOMM/JOOST 15 vor § 854.

außerrechtliches Verhältnis und vorbereitet zum Eintritt in die Rechtswelt⁴⁰. Heutzutage könnte man eventuell sagen, dass er „Recht“ geworden ist, deshalb, weil die Einigung zwar den Besitz als Gegenstand haben kann, aber ebenfalls zu Unrecht, weil sie bereits den Besitzeintritt in die Rechtswelt annimmt (als faktisches Rechtstatbestandselement), und was Gegenstand von ihr ist, ist die sich aus ihr ergebende Gesamtheit der Rechtspositionen (Ansprüche, Klagen u. s. w.). Die ewige Streitfrage, ob es sich beim Besitz um Recht oder Tatsache handelt, ist eine **falsche** Frage. Bei der Ausarbeitung der unmittelbaren und mittelbaren Besitzlehre⁴¹ konnte beobachtet werden, wie bei der Forschung des Besitzwesens die Begriffe von *animus* und *corpus* stören. Andererseits hat die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach §§ 398, 870 BGB deutlich gemacht, wie das Element *corpus* unwesentlich ist.

Der Besitz wurde durch die Interpretation in der Antike als Beziehung von Person zu Sache, seit Immanuel KANT, der zunächst eine wahre soziologische Anschauung des Besitzes hatte, als Verhältnis von Person zu Person angesehen – was sich in SAVIGNY eindringend widerspiegelte. Seitdem der Voluntarismus KANTS übergetroffen wurde, ist der Besitz als tatsächliche Gewalt anerkannt worden, was die Notwendigkeit des *corpus* und des *animus* beseitigt, und parallel wird der Begriff von zwischenmenschlichem Sozialverhältnis beibehalten, ohne dass man über ‚Willen‘ nachzudenken hat. „Man kehrt zwar somit zum objektiven Status der Antike zurück, aber ohne Ablehnung der soziologischen Auffassung, was dem Besitz, dessen Eintritt in die Rechtswelt zugelassen wird, sein Wesen als tatsächliche Gewalt zurückgibt“⁴².

Die römischen Interdikte enthielten deshalb keine Besitzrechtslehre, weil nur die Interessen gewichtet wurden. Der Magistrat (*iudex*) hatte Willkür, was der Richter heute auf keinem Fall hat, um die Besitzklagen zu urteilen. Der Friedensschutzplan, also die Bewahrung des Faktisches (*Quieta non movere*) gewährleistet heutzutage zwar denselben Zweck, aber er geschieht schon deshalb vollständig in der Rechtswelt, weil der Besitz zum Eintritt in diejenige gebracht wurde. Andererseits wurde der Besitzrechtsschutz privatisiert, und deshalb gibt es schon die Zivilrechtsinstitution, womit sich der Unterschied zwischen mittelbarem und

⁴⁰ SAVIGNY, Das Recht des Besitzes, 70 f.: „Es gibt demnach zweierlei juristischen Besitz: *civilis possessio* oder *Usucapionsbesitz*, und *possessio* oder *Interdictenbesitz* (...). Ihr Verhältnis zu einander ist dieses: der *Interdictenbesitz* ist ganz in dem *Usucapionsbesitz* enthalten, und dieser hat nur noch einige Bedingungen mehr als jener“.

⁴¹ Dazu WIELING, Sachenrecht § 6 I 1.

⁴² PONTES DE MIRANDA, X, 16.

unmittelbarem Besitz hat bewirken lassen dürfen. Es gibt zwar den Besitzrechtsschutzanspruch, sei es auf dem Staatsgerichtsweg, sei es durch Selbsthilfe, aber keinen Staatsverwaltungsakt des Magistrats mehr, ohne dass sich derjenige Anspruch gerichtlich erheben lässt, d. h. ohne die *res in iudicium deducta*. Die erreichte Entwicklung ist gewissermaßen die Fortsetzung des römischen Denkens. Dazwischen gab es die mittelalterliche und neuzeitliche Ausarbeitung, bis entdeckt wurde, dass die Gewalt **faktisch** ist, also ohne körperlich bzw. willentlich sein zu müssen.

„Das heutige Recht gibt dem Besitz mit dem ursprünglich germanischen Faustrecht die Tatsächlichkeit zurück, welche das römische Interdikt als öffentliches Rechtsmittel nicht ausnahm, und die klassischen Juristen metaphysisch verdeckt haben“⁴³.

Nur nach der präzisen Gliederung der Rechtstatsachen i. w. S. könnte man die Frage stellen, ob der Besitz in die Rechtswelt als Rechtstatsache i. e. S. (Ereignis) oder Rechtstathandlung (Realakt) eintritt. Diese Frage setzt aber voraus, dass man zwei andere Fragen beantwortet: *a)* Ist der Besitz in der tatsächlichen Welt immer eine Tatsache? *b)* Wenn ja, gibt es Besitz als reine Tatsache - kann er daher in die Rechtswelt als Rechtsereignis eintreten? In der faktischen Welt handelt man nicht, wenn man keine tatsächliche Herrschaft auf die Sache ausübt, sondern ausüben kann; so gibt es noch keinen Besitzerwerbsakt, der in die Rechtswelt als Realakt eintreten kann. Seinerseits ist der Besitzerwerb an sich (*apprehensio*) sogar Realakt⁴⁴.

Besitz ist Gewalt, d. h. Fakt. Keine Handlung ist Voraussetzung, um zu besitzen. Man besitzt, und es reicht aus, obwohl es durch den Besitz erkennbar werden kann, was also am häufigsten geschieht. Der Erbe etwa erwirbt den Besitz aber ohne irgendwelche Handlung.

„Das zeitgenössische Recht ist zur Kennzeichnung des Besitzes als reinen Fakt – tatsächliches Ereignis - gelangt, der in die Rechtswelt *nur* eintritt, *wenn* irgendeine Rechtshandlung i. w. S. oder irgendein Überfall auf die Handlungssphäre eines Dritten den Besitzrechtsschutz hervorruft. Deshalb kann man zu Recht sagen, dass der Besitz in die Rechtswelt als Rechtstatsache *i. e. S.* nur deshalb eintritt, sei es, weil er *Gegenstand* irgendeines zustande gekommenen Rechtsgeschäfts

⁴³ PONTES DE MIRANDA, X, 17 ; dazu vgl. auch STAUDINGER/BUND Rn 1-4 vor § 854.

⁴⁴ Dazu FLUME, AT, § 9 2.

wird, sei es, weil der Status quo (Sozialfrieden) verstoßen wird: *Der Besitz selbst wird von sich aus nicht rechtlich*, d. h., dessen Rechtserhebung geschieht nicht gleichzeitig mit seinem tatsächlichen Ereignis zusammen, sondern nur wenn er als Element des Rechtsgeschäfts- oder Rechtsschutzvorschrifttatbestandes zum Eintritt in die Rechtswelt gelangt. Er lässt sich deshalb als Gegenstand von Rechtsgeschäften gestalten, weil er ökonomischen Wert enthält und weil das Prinzip *Quieta non movere* existiert; so wird die Inbetriebnahme des Besitzschutzes zugelassen, der sich im Verstoßzeitpunkt selbst hervorbringen lässt⁴⁵.

Was hier gesagt wurde, bleibt jedoch vom römischen Recht entfernt. Es ist also Resultat eines Entwicklungsprozesses, in dem sich das römische, germanische und kanonische Recht begegneten und wechselseitig beeinflussten. In der Tat sah das römische Recht zwar die *naturalis possessio* (*tenere rem, esse in possessione*), es gelangte aber nicht zu ihrer Rechtserhebung bzw. ihrem Rechtsschutz. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass der Unterschied zwischen *detentio* und *possessio* sich in den römischen Quellen nicht finden lässt⁴⁶, es ist also eine Weiterentwicklung. Außerhalb des Besitzes als Tatbestandselement der unförmigen Eigentumsübertragung (*traditio*) oder der Ersitzung (*usucapio*) wurde er für den Eigentumserwerbsgrund angesehen (*iusta causa possessionis*). Die prätorische Ausarbeitung des Schutzes durch *interdicta* kam nur später. Es ist jedoch bemerkenswert, dass das römische Recht, welches zum *Dictum Ulpianus* gelangte⁴⁷: „*Nihil commune habet proprietatis cum possessione*“, an der Besitzlehre als bloßen Schatten des Eigentums nicht festhielt⁴⁸, „obgleich an jedem Evolutionsanfang die Völker keinen abstrakten Eigentumsbegriff hatten, und der Besitz sich in das Eigentum so einprägen ließ, wie das Eigentum sich aus der tatsächlichen Welt quasi nicht freilassen konnte“⁴⁹. Das Eigentum ließ sich zwar abstrahieren, der Besitz blieb aber konkret, faktisch gelassen.

⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, X, 17-18.

⁴⁶ Ebd., 18.

⁴⁷ D. 41, 2, 12, 1.

⁴⁸ Dazu vgl. noch Venul. D. 41, 2, 52, pr.; Ulp. D. 43, 17, 1, 2.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, aaO.

I.1.2. Die römische possessio

a) Wesen und Arten des Besitzes

Nach der Auffassung der klassischen Juristen war der Besitz ein Faktum⁵⁰, und dem Eigentum als der rechtlichen Vollherrschaft wurde er gegenübergestellt⁵¹.

„Das schließt nicht aus, dass die wichtigsten Erscheinungsformen der possessio (Ersitzungs- und Interdiktenbesitz) aus geschichtlichen und praktischen Gründen doch wieder durch Rechtsmerkmale ermittelt werden“⁵².

Die Geschichte der possessio ist dadurch gekennzeichnet, dass sie auf zwei, ursprünglich selbständige, Wurzeln zurückführt, auf die in der klassischen Zeit der Besitz nach *ius civile* und der nach *ius honorarius* zurückgehen. Die eine (*usus*) ist die faktische Gewalt als ihre Erfordernis der Ersitzung (*usucapio*), die andere (*possessio*) eine eigentumsähnliche mit faktischer Nutzung eingehende Herrschaft über Liegenschaften. Unter *possessio* verstehen die von den Verhältnissen der früheren Republik berichtenden Quellen das Privatleuten widerruflich eingeräumte Nutzungsrecht an in Staatseigentum verbleibendem Land (*ager publicus*)⁵³. Auch das vom patrizischen Grundherrn dem Klienten widerruflich überlassene Stück Land wurde possessio genannt. Die vom Staat, später auch die vom privaten Grundherrn verliehene possessio wurde in einem besonderen Verfahren durch *interdicta* gegen eigenmächtige Entziehung oder Störung geschützt. Im Besitzstreit genoss keinen Schutz der Besitz, dessen Erlangung gewaltsam, heimlich oder auf bloße Bittleihe zustande gekommen war⁵⁴.

Auf den erwähnten *usus* geht der Besitz nach klassischem *ius civile*, die *possessio civilis*⁵⁵, zurück. Ihre Wurzeln liegen nämlich bei der faktischen Gewalt, nach der die Beklagtenrolle im altrömischen Vindikationsprozess bestimmt wird. Vindizieren kann man nur von dem, der das Objekt in Händen hat, und die Ersitzung geht von der Verteidigung in diesem Prozess aus. Diese von der Vindikationsbeklagtenrolle abgeleitete Gewalt besteht nicht nur an Sachen,

⁵⁰ Paul. D. 41, 2, 1, 3; Pap. D. 4, 6, 19.

⁵¹ Ulp. D. 43, 17, 1, 2: „(...), quod separata esse debet possessio a proprietate: (...)“; ebd. 41, 2, 12, 1; Paul. D. 44, 2, 14, 3.

⁵² KASER, I, 384-385.

⁵³ Dies geht schon auf DERNBURG zurück, in Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechtes 1833, so auch in Pandekten I § 171, Anm. 2; vgl. noch Cicero, De lege agraria III 3, 11 (*Zit. nach WEISS, 137 Fn. 24*).

⁵⁴ KASER, I, § 36; STAUDINGER/BUND, vor § 854 Rn 1; KUNKEL/MAYER-MALY, 132.

⁵⁵ Dieser Ausdruck liegt nur in Iul. D. 41, 5, 2, 1.

sondern auch an Personen, Erbschaften usw. Die Rechtsposition der Vindikationsparteien stützt sich auf ihre Erwerbsgründe. Damit erklärt es sich, dass noch im klassischen Recht die *possessio civilis* derjenige Besitz ist, der durch eine *iusta causa possessionis* qualifiziert ist. Diese *causa* ist der Erwerbstitel, der nach *ius civile* einen Eigentumserwerb durch *usucapio* rechtfertigt⁵⁶, wie *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote* u. a.⁵⁷. Wer aus einem solchen Grund die Sache tatsächlich beherrscht, hat immer den Willen, sie für sich zu besitzen (Eigenbesitz). Die zivile *possessio* bildet eines der Tatbestandselemente des Eigentumserwerbs durch Ersitzung und ihre Überlassung, ferner den Tatbestand der Eigentumsübertragung durch unförmige Übergabe (*traditio*), die den Erwerb des zivilen Eigentums an *res nec mancipi* und des prätorischen an *res mancipi* bewirkt⁵⁸.

Die andere Wurzel, die zum Interdiktenbesitz führt, liegt bei der Gewalt, die der einzelne am *ager publicus* hat. Er heißt einfach *possessio*⁵⁹ und lässt sich durch den durch das *interdictum uti possidetis* verliehenen Schutz gegen verbotene Eigenmacht kennzeichnen. In der früheren Republik umfasst die *possessio* die im privaten wie im öffentlichen Eigentum sowie die beweglichen Sachen. Gemeinsames Merkmal ist ihr Schutz, der durch prätorische Klagen (*interdicta*) durchgeführt wird; demgemäß gehört sie dem *ius honorarium* an. Der Interdiktenbesitz umfasst mehrere Fallgruppen: Als Regel den **Eigenbesitzer**: Dies trifft zu für den besitzenden Eigentümer selbst und für den gutgläubigen und bösgläubigen Besitzer; daneben sind solche des **Fremdbesitzers**, bei dem der Besitzer seine Herausgabepflicht an einen anderen anerkennt, also der Erbpächter, der Prekarist, der Pfandgläubiger und der sequester⁶⁰.

Der *possessio civilis* tritt die *possessio naturalis* gegenüber. Bei ihr handelt es sich um die nicht durch eine *iusta causa* qualifizierte faktische Gewalt. Die Klassiker gebrauchen diesen Ausdruck manchmal, um jede Art faktischer Sachgewalt ohne Rücksicht auf ihre juristische Qualifikation – d. h. nach *ius civile* - zu bezeichnen⁶¹. So ist etwa dieser nichtqualifizierte Besitz mitgemeint in der Regel der spätrepublikanischen Juristen *nemo sibi ipse causam*

⁵⁶ Q. Muc.-Paul. D. 41, 2, 3, 23; Pomp. D. 41, 3, 29. Zu Eigenarten: RABEL, § 39.

⁵⁷ Paul. D. 41, 2, 3, 21.

⁵⁸ KASER, I, 385-386; ders., Römisches Privatrecht (Ein Studienbuch), 14. Aufl., München 1986, 95; KUNKEL/MAYER-MALY, 134-135; RABEL, § 44.

⁵⁹ Ebd., 387, Fn. 17: „Possessio ad interdicta ist unrömisches“.

⁶⁰ Ebd., 387-389; KUNKEL/MAYER-MALY, 135-136.

⁶¹ Ebd., 386: „Der Ausdruck stammt vielleicht erst von Julian D. 41, 5, 2, 1: „(...) ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur“. Das ältere Recht spricht dagegen auch hier einfach von *possidere*“. Vgl. auch KUNKEL/MAYER-MALY, 133-134.

*possessionis mutare potest*⁶². Im Gegensatz zum Interdiktenbesitz sagen andererseits die Juristen *in possessione esse*⁶³. Im gemeinen Recht wird die tatsächliche Gewalt, mit der keine Besitzvorteile verbunden sind, namentlich kein Interdiktenschutz, als Detention (Inhabung) bezeichnet im Gegensatz zum (gemeinrechtlich) juristischen Besitz⁶⁴. Solche Detentoren sind insbesondere die lediglich obligatorisch Berechtigten, nämlich diejenigen Fremdbesitzer, die nicht zu den vier Fallgruppen des Interdiktenbesitzes zählen; also etwa der Depositar, Kommodatar, Mandatar, negotiorum gestum, Werkunternehmer, ebenso Mieter und Pächter, die vom Mangel eines eigenen Besitzschutzes besonders hart betroffen werden. In allen diesen Fällen kommt der Besitzschutz nur dem *possessor* zu, von dem sie ihre Detention herleiten, und der seine faktische Gewalt durch sie ausübt⁶⁵. Dritten gegenüber stehen alle ohne Besitz da⁶⁶. Wird beispielsweise dem Mieter die tatsächliche Gewalt durch verbotene Eigenmacht eines Dritten entzogen, steht das Interdikt nur dem Vermieter zu (wenn er *possessor* ist); der Mieter kann sich nur aus dem Mietvertrag an den Vermieter halten, nicht aber unmittelbar an den Dritten⁶⁷.

Im nachklassischen Vulgarrecht geht die klassische Vorstellung von der *possessio* mit ihrem scharfen Umriss vom Eigentum verloren; Besitz und Eigentum gehen ineinander auf⁶⁸. „JUSTINIAN greift zwar auf die strenge Scheidung von *possessio* und *dominium* zurück, er schränkt aber – unter Einfluss der nachklassischen Entwicklung – die echte *possessio* ein auf den redlichen Besitz mit *animus domini*“⁶⁹. Alle übrige Sachgewalt ist bloße *coporalis* oder *naturalis possessio*⁷⁰, gleichgültig ob sie mit Interdiktenchutz ausgestattet ist oder nicht⁷¹.

⁶² Cels. D. 41, 2, 18 pr. ; Iul. D. 41, 3, 33, 1 ; Paul. D. 41, 2, 3, 19 f.

⁶³ Ulp. D. 39, 2, 7 pr.

⁶⁴ Mit Unrecht vgl. WEISS, 140-141, wobei die *possessio naturalis* dem *in possessione esse, tenere rem* – m. E. quellenfeindlich – gleichgestellt, und die erste auch für Inhabung gehalten wird; dabei werden verwechselt die den verschiedenen Zeiträumen des römischen Rechts entsprechenden Begriffe miteinander und diese mit den gemeinrechtlichen Begriffen. So auch z. B.: JÖRS-KUNKEL, § 64 (zu Recht aber bei Fn. 4); genauer und zu Recht KUNKEL/MAYER-MALY, § 55; KREß, § 4 (quellenmäßig besser argumentiert). Vgl. vor allem KASER (s. unten Fn. 68) und m. E. deshalb ganz mit Recht, weil quellen- und geschichtskonformer ist. Zu a. M. KUNKEL, *Symbolae Friburgenses*, 40 ff., ihm gemäß haben bereits die Klassiker von *naturalis possessio* auch beim Interdiktenbesitz gesprochen - so etwa Iul. D. 41, 5, 2, 1, aber auch Ulp. D. 10, 4, 3, 15; ebd. 43, 16, 1, 9 f.

⁶⁵ Gai. 4, 153 (*Zit. nach KASER, 390, Fn. 40*); Paul. D. 41, 2, 3, 8.

⁶⁶ Etwa Pomp. D. 41, 2, 25, 1.

⁶⁷ KASER, I, 386, 389-390; RABEL, §§ 34-35; JÖRS-KUNKEL, aaO, § 64; etwas günstiger ist beispielsweise die Lage des Usufruktuars, dessen faktische Sachgewalt nicht durch die regelmäßigen Besitzinterdikte, sondern durch besondere Interdikte geschützt ist. Die Schuldoktrin spricht hier untechnisch von *quasi possessio* (Gai. 4, 139; Ulp. D. 43, 16, 3, 17) – dazu KASER, 390.

⁶⁸ KASER, Studienbuch, aaO, 107: „Das zeigt vor allem die völlig verwaschene Terminologie: Das Eigentum wird mit *iure* oder *animo possidere* (...) umschrieben; dagegen werden *dominium* und *proprietas* für Verhältnisse gebraucht, die im klassischen Recht *possessio* waren (...)“.

⁶⁹ KASER, II, 252.

⁷⁰ Alex. C. 7, 30, 1. Dazu KASER, II, 253.

⁷¹ Vgl. oben Fn. 65.

„Der echte, durch *animus domini* ausgezeichnete Besitz ist nicht mehr ein bloßes Faktum, sondern nähert sich einem **Recht**. Auf ihn geht die gemeinrechtliche Besitzlehre zurück“⁷².

b) Erwerb und Verlust des Besitzes

„Die Klassiker untersuchen Erwerb, Fortdauer und Verlust des Besitzes fast ausschließlich für den Eigenbesitz. Dabei denken sie hauptsächlich an die *possessio* als Voraussetzung der *usucapio*, manchmal aber auch an den Interdiktenbesitz und suchen damit eine Vereinheitlichung der beiden Besitztypen zu erreichen; im einzelnen behandeln sie die *possessio* stark kasuistisch“⁷³.

Erworben wird der Besitz *corpore et animo*, d. h. durch Herstellung der tatsächlichen Gewalt mit dem Willen, die Sache zu beherrschen. Die beiden Elemente bilden den Römern nach eine Einheit, der Wille muss sich im Akt der Bemächtigung ausdrücken – dieser Punkt steht also im Vordergrund⁷⁴.

Als äußeren Vorgang verlangt der Besitzerwerb die körperliche Bemächtigung (*corpus*). Jedoch sieht die allgemeine Lebensanschauung in Zusammenhang mit den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs die faktische Sachherrschaft bei manchen Vorgängen auch dann als hergestellt an, wenn die Sache nicht körperlich berührt wird⁷⁵. Der *animus* wurde als ein im äußeren Verhalten erkennbarer subjektiver Tatbestand begriffen. Dieser Wille muss zur

⁷² KASER, Studienbuch, aaO, 97; so auch JÖRS/KUNKEL, § 64, Fn. 11.

⁷³ KASER, I, 390.

⁷⁴ Paul. D. 41, 2, 3, 1: „Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Vgl. dazu KASER, I, 391; KUNKEL/MAYER-MALY, 137.

⁷⁵ So etwa Labeo bei Iav. D. 41, 2, 51: „Quarundam rerum animo possessionem apisci (...)“; Paul. D. 41, 2, 1, 21. Dazu KASER, I, 391; KUNKEL/MAYER-MALY, 139; ausführlich OLIVECRONA, 55-60, insb. 59-60: „This interpretation is supported and explained by the connexion between the theory of possession and the Roman idea, originating from animism, of the essence or *species* of the thing. Possession ceased, and a new possession began, if the *species* of the thing was changed, as e. g. when the clothes were made out of wool. And so the old relation of possession ceased by the change, and a new possession began. This had the practical significance that the periode of prescription ended, and a new period began. From this one can conclude what it was in the thing that was controlled by the soul. It was the thing’s spirit, its *animus* or *species*. One can now well understand the bilateral nature of possession. When the thing had an inner essence or spirit, it was natural that this should be controlled by man’s spirit, at the same time as the thing was controlled by the body in its outer form. And it becomes explicable how possession could be thought of existing *solo animo*. In certain situations it was quite simply thought sufficient that the mastery of the spirit remained, although the power over the physical thing was lost“. Zu a. M. vgl. SCHULTZ, 437, wobei nur von *animus possidendi* – doch nicht von *possidere animo* – gesprochen wird. Vgl. ebenso OLIVECRONA, 55-56.

faktischen Beherrschung des Besitzers hinzutreten und hilft zur Identifizierung desselben in Fällen von nicht eindeutiger, tatsächlicher Gewalt⁷⁶.

„Bei diesem Willen handelt es sich deshalb um keinen rechtsgeschäftlichen, weil der Besitz nur eine Tatsache ist, sondern um einen bloß natürlichen; daher konnte man – nach Billigkeit oder *utilitatis causa* – von den allgemeinen Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit abweichen, wenn es um Besitzerwerb oder Besitzverlust ging“⁷⁷.

Für eine Besitzübergabe (ableitender bzw. derivativer Besitzerwerb, der auf dem Willen des Vorbesitzers beruht) begnügt man sich manchmal mit Räumung durch den Vorbesitzer (*vacuam possessionem tradere*) zugunsten des Erwerbers und verzichtet auf die körperliche Ergreifung durch diesen⁷⁸. Die Besitzergreifung aus eigener Macht (ursprünglicher, ‚originärer‘ Besitzerwerb) wird strenger beurteilt, doch genügt bei Grundstücken Betreten zum Zweck der Bemächtigung⁷⁹. Zwei Akte einer Besitzübertragung durch Erklärung hat schon das klassische Recht anerkannt: (a) Bei der (gemeinrechtlich) *brevi manu traditio* wurde ein Detentor – z. B. der Mieter – durch Abmachung – z. B. Kaufvertrag mit dem Vermieter – zum Besitzer⁸⁰; (b) Beim (gemeinrechtlich) *constitutum possessorium* behält der Vorbesitzer einer Sache diese als Inhaber für einen neuen Besitzer⁸¹.

Als faktisches Dauerverhältnis bedarf der Besitz auch zu seinem Fortbestand der mit Besitzwillen ausgeübten tatsächlichen Sachbeherrschung⁸². „Hört der *animus* oder die Sachherrschaft oder beides auf, so genügt es zum Besitzverlust. Doch hat man eine Fortdauer des Besitzes immer dann anerkannt, wenn der Verlust der tatsächlichen Gewalt noch nicht endgültig feststand oder überhaupt mit ihrer Wiederherstellung zu rechnen war“⁸³.

Der Einfluss der oströmischen *animus*-Lehre und die Annäherung des Besitzes an das Eigentum im Vulgarrecht bewirken weiterhin, dass der Vollbesitz in der Zeit JUSTINIANS nicht mehr nur als eine qualifizierte tatsächliche Gewalt aufgefasst wird. Vielmehr nähert sich die

⁷⁶ Paul. D. 41, 2, 3, 3.

⁷⁷ KASER, I, 392; ebenso KUNKEL/MAYER-MALY, 138. Etwa Procul. D. 41, 2, 27.

⁷⁸ Scaev. D. 19, 1, 48.

⁷⁹ Paul. D. 41, 2, 3, 1.

⁸⁰ Ulp. D. 12, 1, 9, 9.

⁸¹ Ebd. 41, 2, 17, 1.

⁸² Ein Fall vom Besitzerwerb *solo animo*, da der Erwerber bereits das *corpus* hat (Gai. D. 41, 1, 9, 5).

⁸³ KASER, I, 395; so auch KUNKEL/MAYER-MALY, 140-141.

possessio jetzt – wie schon oben erwähnt wurde – einem Recht von eigener Art, das zwar vom Eigentum verschieden ist, aber doch von der tatsächlichen Sachbeherrschung gewissermaßen losgelöst erscheint. Man kann deshalb einen Eigenbesitz eben mangels der körperlichen Gewalt (*corpus*) anerkennen, weil man das entscheidende Merkmal im *animus* sieht. Damit wurden der Erwerb und der Verlust des Besitzes beeinflusst⁸⁴. *Animus* und *corpus* sind nicht mehr Elemente eines einheitlichen Tatbestandes, in dem beim Erwerb und Verlust die tatsächliche Gewalt durch den Besitzwillen kennzeichnet wird. Vielmehr kann der Besitz in bestimmten Situationen auch ohne *corpus* auf den bloßen *animus* gestützt werden, der sich damit gegenüber dem *corpus* verselbständigt⁸⁵. JUSTINIAN hat beim originären wie beim derivativen Besitzerwerb auf die klassischen Erfordernisse zwar nicht verzichtet, sie aber doch entspannt. Diese Entwicklung führte schließlich zu der äußersten Vorstellung, dass der Besitzverlust ebenso *animus* und *corpus* fordert wie der Besitzerwerb⁸⁶.

c) Der Besitzschutz

Zur Sicherung des Besitzes gegen unbefugte Störung oder Entziehung dienen die Interdikte⁸⁷. Eine gaianische Entteilung⁸⁸ trennt die engere Gruppe der Besitzinterdikte nach dem Ziel, das mit ihnen verfolgt wird: *interdicta addiscipiendae, retinendae, recipendae possessionis*, d. h. auf Erlangung, auf Erhaltung und auf Wiedergewinnung des Besitzes. Nur die beiden letzten Gruppen dienen eigentlich dem Besitzschutz. *Retinendae possessionis* sind die *interdicta (duplicia)*⁸⁹ *uti possidetis* (für Grundstücke) und *utrubi* (für Mobilien): Sie enthalten ein Verbot weiterer eigenmächtiger Eingriffe und sind darum **prohibitorisch**; die *recipendae* (etwa das *unde vi*) enthalten den Befehl zur Herausgabe und sind daher **restitutorisch**. Doch hatten beide retentorische Interdikte seit alters zugleich rekuperatorische Funktion⁹⁰.

⁸⁴ Vor allem KASER, II, 254-255.

⁸⁵ Dazu oben Fn. 75. Für den Besitzerwerb hat die nachklassische Gesetzgebung etwa bei der Schenkung am Erfordernis die Übergabe festgehalten, beim Kauf aber nicht; doch weicht die Praxis davon ab.

⁸⁶ Zu diesem ‚Kontrakt‘ Paul. D. 41, 2, 8.

⁸⁷ Die Besitzinterdikte haben sich vermutlich wie alle Intedikte aus einer Art staatlichen Verwaltungsverfahrens entwickelt, wie es dem starken öffentlichen Interesse an der Erhaltung des Besitzes, besonders am öffentlichen, aber auch am privaten Boden entspricht. Erst in der jüngeren Republik werden die Interdikte in Sonderverfahren des Zivilprozesses umgeformt worden sein (KASER, I, § 96 I 1; ders., Studienbuch, aaO, 99).

⁸⁸ Gai. 4, 143 ff (Zit. nach KUNKEL/SELB, 552).

⁸⁹ Sie sind *duplicia* deshalb, weil der Prätor sein Verbot der Gewaltanwendung an beide Parteien richtet, daher ist jede von ihnen zugleich Kläger und Beklagter (Gai. 4, 160, zit. nach KASER, I, 397, Fn. 14).

⁹⁰ Dazu KASER, I, 396-398; KUNKEL/SELB, 552. Allen Besitzklagen ist, also in Rom wie heute, gemeinsam, dass gegen sie die ‚Einrede aus dem Recht zum Besitz‘ – die sog. ‚petitorische Einrede‘ – ausgeschlossen ist (KASER, Studienbuch, 100). Daneben werden die *uti possidetis*, *utrubi* und *unde vi* jedoch noch einem weiteren Zweck dienstbar gemacht, nämlich der Vorbereitung des Eigentumsprozesses (*rei vindicatio*) – dazu KASER, I, § 96 II 2.

In den nachklassischen Jahrhunderten bleibt trotz der vulgaristischen Annäherung von Besitz und Eigentum neben den Eigentumsklagen ein selbständiges Verfahren zum Besitzschutz bestehen⁹¹. JUSTINIAN stellt das materielle Recht der Besitzinterdikte – nicht auch ihr Verfahren – in engerem Anschluss an die klassischen Quellen wieder her⁹².

d) Schluss

Vergleicht man die römischen Texte⁹³ beispielsweise mit § 868 BGB, so lässt sich die eindeutige Schlussfolgerung ziehen, dass es im Anbetracht des BGB Besitzer gibt, die es so in Rom nicht gab. Noch in dieser Linie stimmt mit dem heutigen Rechtssystem der Begriff des Besitzers als Detentor mit *animus sibi abendi* nicht überein. Er entspricht vielmehr dem nachklassischen Zeitraum. Demzufolge kann man in der Privatrechtsgeschichte einen Begriff des Besitzes nicht finden, der allen Zeiten entspricht; in vorderster Linie steht das dem Rechtsfinder gegenüber vorliegende Rechtssystem. Zu dem Unterschied zwischen dem Besitz als Rechtstatsache i. e. S. und dem Besitz als einfachem Element des Tatbestandes anderer Rechtstatsache – z. B. die *possessio* und die *possessio ad usucapionem* - gelangten sogar die römischen Juristen, was man - mit der heutigen Fachsprache - aus den römischen Quellen schließen kann. „Im römischen Privatrechtssystem wurde daher dazu gelangt, dass (a) die Besitzrechtstatsache isoliert und autonom behandelt wurde – nämlich (b) ihren Wirkungen bzw. (c) denjenigen Rechtstatsachen gegenüber, in deren Tatbestand der Besitz als Element eintritt“⁹⁴.

I.1.3. Der Besitz in der Glosse⁹⁵

Die Besitzlehre war von großer Bedeutung bei den Glossatoren. AZO versuchte die verschiedenen Elemente des Besitzes zu einem Ganzen zusammenzufassen und definierte daher: „Es autem possessio corporalis rei detentio, corporis et animi, item juris adminiculo

⁹¹ Die Entwicklung geht vom klassischen Interdikt *unde vi* aus, das dadurch erweitert, dass zu wirksamerer Unterdrückung des Hausfriedensbruchs die *exceptio vitiosae possessionis* beseitigt wurde; es konkurriert jetzt mit krimineller Bestrafung. Dazu KASER, II, § 240 I.

⁹² Das *interdictum unde vi* tritt auch hier in den Vordergrund - neben dem beibehaltenen nachklassischen Verfahren und ohne die *exc. vit. poss.* – zum Schutz gegen gewaltsame Entziehung. Dazu KASER, II, § 240 II.

⁹³ Etwa „non possident“: D. 41, 1, 10, 5; ebd. 41, 2, 3, 20; ebd. 43, 26, 6, 2; „sunt in possessione“: D. 41, 2, 9; ebd. 43, 26, 6, 2; „tenent“: D. 10, 4, 5, 1; ebd. 43, 16, 1, 22; „alieno nomine possident“: D. 41, 2, 18 pr.; „naturaliter possident“: D. 41, 2, 12 pr.

⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, X, 20.

⁹⁵ Zum folgende vgl. WESENBERG-WESENER, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, Wien u. a. 1985, 41-43 (alle Quellen sind hier diesem Werk nach zitiert).

concurrente“⁹⁶. Diese Definition wurde von ACCURSIUS in die Glossa ordinaria⁹⁷ aufgenommen. Die Glossatoren unterscheiden zwischen *naturalis* und *civilis possessio*, wobei sie an das justinianische Recht anknüpfen. Betreffs des Verhältnisses zwischen diesen beiden bestehen vor allem zwei Auffassungen: Johannes BASSIANUS nach handelte es sich um zwei ganz *selbstständige* Arten von Besitz; AZO hingegen vertritt einen *einheitlichen* Besitzbegriff.

Von der mittelalterlichen Doktrin wurde schon die Frage erörtert, ob der Besitz als *ius* oder *factum* aufzufassen sei, wobei bei den Glossatoren die Meinung vorherrschte, dass der Besitz beide Elemente in sich umfasse. Bartolus definierte den Besitz generell als *ius insistendi rei non prohibitaee possidendi*.

In der Lehre vom **Besitzerwerb** gehen die Glossatoren davon aus, dass der Besitz nur durch unmittelbare körperliche Berührung erlangt werden könne, an unbeweglichen Sachen durch Betreten, an beweglichen durch Erfassen. Es findet sich aber bei ihnen beim Besitzerwerb durch *traditio* eine gewisse Milderung des *corpus acquirendi*.

Die Lehre des kanonischen Rechts über die Ausdehnung des *Rechtsbesitzes*⁹⁸ wurde schon von den Doktoren *ultramontani* teilweise übernommen, dann auch von den italienischen Kommentatoren. Es gilt der Satz, dass Besitz und Besitzerschutz bei allen *jura incorporalia* anzunehmen seien.

I.1.4. Die germanische (germanistische) Gewere

Dem germanischen Recht ist die Trennung zwischen Besitz und Recht, Besitzschutz und Rechtsschutz fremd. Die etymologische Ableitung ist nicht unumstritten (vom Verb „wern“= einkleiden). Sicher aber lässt sich die in frühmittelalterlichen Quellen als *(in)vestitura* wiedergegebene Gewere als „Einkleidung“ einer Person mit einem erworbenen Recht verstehen⁹⁹. Sie übernahm sowohl Funktionen des Rechtsschutzes als auch des

⁹⁶ Summa Codicis VII 32.

⁹⁷ Gl. *Definiri autem potest* 3 zu D. 41, 2, 1 pr.

⁹⁸ Der Begriff des Rechtsbesitzes, der *juris quasi possessio*, die im römischen Recht auf Servituten beschränkt war, wurde durch das kanonische Recht auf verschiedene andere Rechte ausgedehnte.

⁹⁹ Zu einer ausführlichen Auseinandersetzung: T. ISHIKAWA, Die Gewere im Sachsenspiegel, in: Festschrift für Hans Thieme (1986), 59 ff. Interessant zu bemerken, dass ISHIKAWA nach (aaO, 82) keineswegs die Gewere die Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts (dagegen die hM), sondern aber das Eigen ist, dem sich das veräußerte Eigen sowie das (rechte) Lehn mit Hilfe der Gewere annähern konnten, welche den beiden nur Hilfsmittel dazu anbot. Zur hM vgl. MITTEIS/LIEBERICH, 86.

Besitzschutzes. „Die Gewere ist nicht bloße Tatsache, sondern eben ein Recht: Ein Recht zur Ausübung eines vermuteten dinglichen Rechts“¹⁰⁰. „Gegenstand derselben kann alles sein: Sachen, vor allem Liegenschaften – bei beweglichen Sachen fällt sie mit dem Gewahrsam zusammen“¹⁰¹; „Rechte – durch sie werden die Rechte verdinglicht“¹⁰²; aus dem Liegenschaftsrecht stammt die Vorstellung einer mehrfachen, einer mittelbaren und einer unmittelbaren, einer Ober- und Untergewere. Sie kann sich von der realen Beherrschung lösen, sie kann vergeistigt, zur körperlosen, „ideellen“ Gewere werden (*saisine de droit* im französischen Recht). Der Eigentümer, der Mieter, aber auch ein Dieb hat Gewere. Bei Grundstücken steht sie dem Erwerber zu, durch gerichtliche Auflassung. Hat er das Grundstück in eigener Inhabung, so hat er ledigliche Gewere - so auch der Mieter; dem Vermieter steht die brukende Gewere (Nutzung des Mietzinses).

Die Bedeutung der Gewere liegt in ihrem Schutz¹⁰³. Der Gewereinhaber darf Gewereverletzungen gewaltsam abwehren. Bei Grundstücksentziehung kann der Entwerte aus der Gewere auf Rückgabe klagen. Bei beweglichen Sachen endet zwar mit dem Gewahrsam auch die Gewere; dem Verletzten steht aber ein Deliktsanspruch wegen Bruchs seiner früheren Gewere zu.

I.1.5. Gemeines Recht

Die gemeinrechtliche Doktrin knüpft unmittelbar an die Arbeiten der mittelalterlichen Glossatoren und Kommentatoren sowie der neuzeitlichen Praktiker an¹⁰⁴. Die italienische Praxis hatte bereits das Recht der *possessio* gewissermaßen germanisiert. Im Recht des Besitzes des *Usus modernus*, d. h. nach der Rezeption, hat sich der Sache nach die germanische *Gewere*, dem Namen nach freilich die römische *possessio* durchgesetzt¹⁰⁵. Die starke Betonung des *corpus* hatte im römischen Recht sowohl die Entstehung einer *mehrfachen* wie einer ideellen *possessio* verhindert; die Voraussetzung des *animus*, d. h. den Willen die Sache als eigene zu haben, hatte zu einer erheblichen Einschränkung des

¹⁰⁰ MITTEIS/LIEBERICH, 87.

¹⁰¹ WIELING, 120.

¹⁰² MITTEIS/LIEBERICH, ebd.

¹⁰³ WIELING, 120; aM STAUDINGER/BUND, vor § 854 3, dem nach die wichtigsten Rechtswirkungen der Gewere sind die Offensiv- und Translativwirkungen. Dazu MITTEIS/LIEBERICH, 89.

¹⁰⁴ Dazu WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch, §§ 7, 8.

¹⁰⁵ WESENBERG-WESENER, 124; WIELING, 121.

Anwendungsbereichs der Regeln über die *possessio* geführt. Daher war grundsätzlich nur der Eigenbesitz geschützt, der Fremdbesitz nur in wenigen Fällen (Pfandgläubiger, Prekarist, Sequester); Mietern und Pächtern wurde bloße *naturalis possessio* zugesprochen. Im gemeinen Recht sollte Possessor nur sein, wer den *animus rei sibi habendi* hatte; es war aber strittig, ob man darunter nur den *animus domini*¹⁰⁶ zu verstehen habe oder ob man solchen Detentoren Besitz zusprechen sollte (Mieter, Pfandgläubiger).

„So wird als Possessor zum Teil nur der Eigenbesitzer anerkannt, zum Teil der Eigenbesitzer und der aufgrund eines dinglichen Rechts. Andere vermengen *possessio* und *detentio* und geben jedem Inhaber der tatsächlichen Gewalt die Besitzschutzinterdikte“¹⁰⁷. „Doch waren für deutsche Verhältnisse keine Rechtsnormen brauchbar, die den Eigentümer berechtigen, seine Pächter oder Mieter ohne Mitwirkung des Gerichtes aus ihrem Besitz zu vertreiben. Dass dem einen wie dem anderen Schutz zu gewähren sei, war eine Überzeugung, welche die Rezeption nicht erschüttern konnte“¹⁰⁸.

„Grundlage des gemeinrechtlichen possessorischen Schutzes waren zwei Interdiktenformeln in der ihnen von JUSTINIAN gegebenen Fassung, nämlich die *interdicta de vi (cottidiana) et de vi armata* und die Hadrianische Fassung des *interdictum uti possidetis*“¹⁰⁹. Da das Gemeine Recht – unter Einfluss des Begriffs der Gewere – sowohl einen abgestuften wie einen ideellen Besitz, wie er sich im deutschen Grundstücksrecht fand und jetzt wieder findet, und noch einen der klassischen Kanonistik übernommenen Rechtsbesitz zuließ, wurde diejenige Grundlage dadurch stark umgestaltet, dass aus den Interdikten schon früh ein den älteren Besitz stark bevorzugendes *possessorium ordinarium* wurde, zu dem zum Schutz des jüngsten ungestörten Besitzes ein *possessorium summarissimum* trat. In der gemeinrechtlichen Praxis wurden diese Besitzklagen bisweilen mit den Klagen aus der germanischen Gewere vermengt und als petitorische Klagen aus besserem (älterem) Besitz verstanden¹¹⁰. Dem Detentor wurde Besitzschutz durch die aus dem kanonischen Recht übernommene Spolienklage (*condictio ex canone*) zuteil¹¹¹. Sie war im Hochmittelalter aus einer Einrede entwickelt worden, die es dem

¹⁰⁶ Die Lehre vom *animus domini* wurde von SAVIGNY entwickelt. Dazu folgendes im Text.

¹⁰⁷ WIELING, 120.

¹⁰⁸ WESENBERG-WESENER, 124.

¹⁰⁹ H. KRELLER, *Römisches Recht*, Bd. II, Wien 1950, § 13 II 1.

¹¹⁰ WESENBERG-WESENER, 124; WIELING, 121; KRELLER, § 13 II 2 b.

¹¹¹ Dekret GRATIANUS 3, 1, 3 (*Zit. nach KRELLER aaO*).

Bischof, dem Vermögenswerte eigenmächtig entzogen worden waren, gestattete, die Einlassung auf eine Klage zu verweigern, solange ihm das vom Kläger Entzogene nicht zurückerstattet war¹¹².

I.1.6. Die Pandektistik

Berücksichtigt man die Veränderungen im Gefüge des Besitzrechts, die sich aus dem Verzicht auf den *animus domini* ergeben haben, so stimmt der moderne Besitzbegriff mit jenem des gemeinen Rechts überein; demzufolge scheint die Auseinandersetzung mit der gemeinrechtlichen Literatur, nämlich mit derjenigen der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts geboten zu sein.¹¹³

a) SAVIGNYS Besitzbegriff gemäß seiner Monographie ‚Das Recht des Besitzes‘¹¹⁴

Das Anliegen SAVIGNYS besteht in der Erforschung und Wiederaufrichtung des „reinen“, d. h. des antiken römischen Rechts – also des von den nachjustinianischen Abwandlungen befreiten.¹¹⁵ Als „materielle Bedingung des Besitzes“, d.h. als „positive Modifikation“, unter welcher die Detention „als Besitz gelten soll“, betrachtet SAVIGNY eine bestimmte Willensrichtung:

„Es muß jede Detention, wenn sie als Besitz gelten soll, absichtlich sein, d. h. man muß, um Besitzer zu sein, die Detention nicht bloß haben, sondern auch haben wollen.¹¹⁶ Dieses Wollen (*animus possidendi*) ist jetzt genauer zu bestimmen. Die Detention wurde oben bestimmt als der physische Zustand, welcher dem Eigentum, als

¹¹² Dazu KRELLER, § 13 II 2 a; WIELING, § 3 II 3 c; ausführlich WINDSCHEID/KIPP, § 162 a.

¹¹³ HEDINGER, System des Besitzrechts, 22.

¹¹⁴ Erste Auflage, 1803. Hier zit. nach 7. Auflage von RUDORFF, Gießen 1864.

¹¹⁵ Laut SOKOLOWSKI, Die Philosophie im Privatrecht II, 218, hat die SAVIGNYS Definition des Besitzes und seines Erwerbes mit der altrömischen Auffassung sehr wenig gemein, sie deckt sich aber völlig mit der von KANT, also die Erwerbsart besteht nach KANT im *apprehensio*, verbunden mit dem Willen, den äußeren Gegenstand als den seinigen zu haben. Vgl. folgendes im Text: Die Auffassung SAVIGNYS und die fast wörtliche Übereinstimmung zwischen ihm und KANT.

¹¹⁶ SAVIGNY beruft sich auf D. 41, 2, 3, 1: „Adipiscimur possessionem corpore et animo (...)“.

einem rechtlichen Zustande, correspondiere. Folglich besteht der animus possidendi in der Absicht, das Eigentum auszuüben (...)“¹¹⁷.

Das steht im Vordergrund bei der Savignyschen Beweisführung. Die Art des Besitzwillens präzisiert er noch wie folgt:

„Wer die Detention hat, kann diese Absicht auf zweifache Weise haben: entweder um fremdes, oder um eigenes Eigentum auszuüben. Hat er die Absicht, fremdes Eigentum auszuüben, (...), so liegt darin kein solcher animus possidendi, durch welchen die Detention zum Besitz erhoben würde ... Es bleibt also nur noch der zweite Fall übrig, in welchem die Absicht auf eigenes Eigentum gerichtet war, so dass der animus possidendi durch animus domini oder animus sibi habendi erklärt werden muß, folglich nur der als Besitzer gelten kann, welcher die Sache als Eigenthümer behandelt, (...)“¹¹⁸.

Diese Ableitung des besonderen Besitzwillens aus der Parallelität von Besitz und Eigentum ist das eigentlich Kennzeichnende der Lehre SAVIGNYS: Besitz ist für ihn immer zunächst Eigenbesitz. Daher nennt er Besitz mit animus domini auch „ursprünglichen“ oder „wahren“ Besitz¹¹⁹. Jede sonstige Besitzform betrachtet er entweder als Nachbildung (Sekundärbesitz) – so den abgeleiteten Besitz und die Quasipossessio – oder er spricht ihr die Besitzeigenschaft ganz ab – so der Detention.¹²⁰ Diese Lehre führt zu einer erheblichen Einschränkung des Kreises der Besitzer – also im Gegensatz zur gemeinrechtlichen bis dahin hL. Am stärksten betroffen sind Mieter und Pächter, denen er den Besitzschutz deshalb verweigert, weil ihnen angesichts des fehlenden Eigenbesitzes keine possessio, sondern nur bloße Inhabung zukommt¹²¹.

Die Besonderheit des abgeleiteten Besitzes – also der Emphyteuse, des Prekariums, der Sequestration und des Mobiliarfaustpfandes – besteht nach SAVIGNY darin, dass der Wille dieser Sachinhaber nur auf die Sachherrschaft in beschränkten Beziehungen gerichtet ist, sie aber dennoch nach römischem Recht die Interdikte genießen und, da dem Eigentümer hier das Possessorium genommen ist, als alleinige Besitzer gelten. Diese Fälle nennt SAVIGNY als

¹¹⁷ SAVIGNY, 27 u. 109.

¹¹⁸ SAVIGNY, 109 f.

¹¹⁹ Ebd., 120.

¹²⁰ SCHWAKE, 70-71.

¹²¹ Dies entsprach doch – wie schon oben erwähnt wurde – dem römischen Recht.

Anomalien¹²², und er sagt aus, dass aller Unterschied dieses abgeleiteten Besitzes vom ursprünglichen liege im *animus possidendi*. Dieser, der sich bei dem ursprünglichen Besitz als *animus domini* denken ließe, gehe bei dem abgeleiteten auf das vom bisherigen Besitzer übertragene *ius possessionis*¹²³. Der abgeleitete Besitz könne aber nicht in jedem Fall gelten, da in demselben eine Abweichung vom ursprünglichen Begriff des Besitzes liege, so könne er nur da angenommen werden, wo ihn das positive Recht ausdrücklich geltend machen wolle¹²⁴.

Kann der Besitzer, der den *animus* hat, das *ius possessionis* übertragen, so dürften auch andere Detentoren - außer den genannten vier – Besitzer werden. Demzufolge könnte SAVIGNY keine andere Lösung haben als dies der Glossatoren: Nur das positive Recht kann sagen, ob der Besitz im konkreten Fall übertragbar ist oder nicht. In seiner Lehre beantwortete SAVIGNY nur die Fragen bezüglich der *res extra commercium* und der Gewaltunterworfenen dahingehend, dass sich die *res extra commercium* nicht besitzen lässt und dass die Gewaltunterworfenen (römische Frage) keine Besitzer sind.

Wird die Savignysche Lehre rigoros analysiert, so kann man bemerken, dass „es einen Zusammenhang SAVIGNYS mit DUARENUS und DONELLUS gibt: Lehren des 16. und 17. Jahrhunderts, die im 19. Jahrhundert mit romanistischen Glanz und Genie bearbeitet wurden“¹²⁵. SAVIGNY hat in der Tat die antiken Kategorien neu belebt und modernisiert, aber der empirische Subjektivismus seiner Zeit gewann auf die ganze Besitzlehre Einfluss. KANT trennte den Besitzwillen nicht vom Recht, er war ihm ein psychologischer Bestandteil des dinglichen Rechts. SAVIGNY fand in den römischen Quellen zwar eine völlig selbständige Besitzlehre vor, aber geleitet vom Geist seines Zeitalters rückte er sie von ihrem objektiv-metaphysischen Fundament fort und stellte sie ganz auf den Willen des Subjekts, ein psychologisches, objektiv im konkreten Fall kaum zu erfassendes Moment. Seine Theorie konnte deshalb niemand befriedigen, weil ihre Grundlage – SAVIGNYS *animus domini* – kein einheitlich und selbständig durchdachter Begriff war, keine vom Leben selbst geschaffene

¹²² SAVIGNY, 132.

¹²³ Ebd., 119 f. Laut PONTES DE MIRANDA, X, 26, handelt es sich bei dieser Konstruktion um etwas Künstliches.

¹²⁴ SAVIGNY, 120 f.

¹²⁵ PONTES DE MIRANDA, X, 27. Zu dem Zusammenhang SAVIGNYS mit DONELLUS vgl. BERGFELD, Savigny und Donellus, in Jus Commune, Bd. 8 (1979), 23-35. Zu anderen Mängeln der Lehre SAVIGNYS vgl. die mE ganz zutreffenden Kommentaren von HEDINGER, aaO, 24-25.

Größe, sondern eine von antiker Metaphysik und modernem Subjektivismus gezeugte Hybride.¹²⁶

b) Die Entwicklung nach SAVIGNY

Jahrzehntelang blieb die Lehre SAVIGNYS in ihren Grundzügen überwiegend akzeptiert. Schon vor der Mitte des 19. Jahrhunderts setzte jedoch vielfältige Kritik ein, die durchaus Anlass zu einer breit anzulegenden Dogmengeschichte geben würde. Hier soll aber lediglich auf einige wenige Meinungen verwiesen werden, die als besonders bemerkenswert erscheinen.

Einen weiten Schritt ging THIBAUT 1835¹²⁷, als er eine **unbegrenzte** Übertragbarkeit des Besitzes als Rechtssatz einführte. SAVIGNY hat dies deshalb stets geleugnet, weil es kein Gesetz gestattet. THIBAUT hat aber bewiesen, dass sich es um einen Rechtssatz handelt, und als solchen bedürfe er keiner besonderen Sanktion, weil er aus einer höheren Regel folgt. Kann im Zweifel jedes Recht abgetreten werden, so ist betreffs des Besitzes keine Ausnahme zu machen – daher sollen beispielsweise Mieter und Pächter gegenüber Prekaristen und Sequestern gleich behandelt und auch durch Interdikte geschützt werden. Daraus kann man schließen, dass es sich bei der römischen Enumeration nur um eine **Exemplifizierung** handelte. Es scheint zweifellos zu sein, dass THIBAUT bei der zeitgenössischen Besitzlehre bedeutend mitgewirkt hat.

Die Verteidigung des Savignyschen animus domini übernahm teils THIBAUT¹²⁸, teils C. G. BRUNS. Übereinstimmend mit SAVIGNY lässt BRUNS die Qualität des Besitzerwillens darüber entscheiden, ob es sich im Einzelfall um Besitz oder um bloße Detention handle: Besitzer sei nur, „wer sich ausnahmslos jede Einwirkung, bis zur Verschlechterung und Zerstörung, wenigstens im Allgemeinen möglich machen will“¹²⁹. Gleichzeitig wird der Wille des Besitzers aber zum zentralen Aspekt des Besitztatbestandes erhoben: „Innehaben, *detinere*, ist wesentlich ein Begriff, der auf einer Tätigkeit des habenden Subjects gegen das

¹²⁶ SOKOLOWSKI, aaO, 225-226.

¹²⁷ Über possessio civilis, in: AcP 18, 322-323.

¹²⁸ AaO, 327: „(...), da Personen, ungeachtet sie keine animus domini haben, dennoch eine possessio (...) zugestanden wird, will ich mit SAVIGNY einen abgeleiteten Besitz nennen, weil ich mit ihm die Idee für richtig halte, dass dieser (...) eine Abweichung von dem (...), (...) Grundprinzip ist, wonach nur Derjenige als possessor im engern Sinn gilt, welcher animo domini detinirt“.

¹²⁹ C. G. BRUNS, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848, 469.

gehabte Object beruht, der also wesentlich eine psychische Beteiligung des Subjects voraussetzt“¹³⁰.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, nach dem Tode SAVIGNYS, gewann die Auffassung, der Besitz habe notwendigerweise äußerlich wahrnehmbaren bzw. tatsächlichen Charakter, an Boden.

Die Besitzlehre JHERINGS bricht in vielem mit der gemeinrechtlichen Tradition – insbesondere bei seinem Spätwerk ‚Der Besitzwille‘. Das zentrale Anliegen dieses Werks ist der Kampf gegen Savignys animus domini. Nach JHERING besteht zwischen der Willensausrichtung eines Eigentümers und etwa der eines Pächters kein Unterschied: beide wollen die Sache in ihrem eigenen Interesse besitzen. Die Existenz eines animus alieno nomine detinere wird also abgelehnt¹³¹. Nach der von JHERING begründeten objektiven Theorie unterscheiden sich nicht mehr corpus und animus als zwei selbständige Bestandteile von einander, sondern der letztere ist als subjektiver Bestandteil des ersteren zu betrachten. Der Besitz ist für ihn die Tat des Willens:

„Wie Wort und Gedanke so verhalten sich corpus und animus, im Wort verkörpert sich der bis dahin rein innerliche Gedanke, im corpus der bis dahin rein innerliche Wille, für die Wahrnehmung existiert bis dahin keins von beiden. Das Raumverhältnis hat bloß die Bedeutung einer unerläßlichen Voraussetzung der Realisierung des Besitzwillens, aber zum corpus gestaltet es sich erst in dem Moment, wo der Wille ihm den Stempel des Besitzverhältnisses aufprägt“¹³².

Dabei versucht JHERING dem Willen keine allzu große Bedeutung zuzuerkennen, denn:

„Der Besitzwille, der in der herrschenden Lehre eine so große Rolle spielt, wird in der praktischen Anwendung des Rechts niemals sichtbar, da er sich mit dem äußern Thatbestand des Besitzes ebenso

¹³⁰ Ebd., 466.

¹³¹ Der Besitzwille, Jena 1889, 61-62, 64. Damit begibt sich JHERING aber auf unsicheres Gelände, denn es besteht eben ein Unterschied zwischen dem Willen, den der Eigentümer gegenüber der Sache hat, und dem Willen eines Pächters, Mieters usw. Dazu etwa KUNZE, Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf von Ihering, Leipzig 1890, 13 u. § 6.

¹³² Ebd., 36.

vollständig deckt, wie der Wille zu verkaufen, zu vermieten mit dem Thatbestand von Kauf und Miete“.¹³³

Man kann gewissermaßen sagen, dass die Auffassung JHERINGS sich in dieselbe Richtung bewegt wie GOLDSCHMIDT mit seiner 1884 erschienenen Schrift ‚Grundlage der Besitzlehre‘:

„Der rechtlich relevante Thatbestand des Besitzes ist insofern ein nichtjuristischer, als wesentlich nur der Rechtssatz besteht: maßgebend ist die Verkehrsanschauung. Der Gewaltbegriff des Besitzcorpus duldet keine juristische Analyse, nur eine kasuistische Exemplifikation. Dieser Gewaltbegriff hat im Wesentlichen (...). Quellen und Norm so wenig in juristischer Reflexion und positiv rechtlicher Normierung als in dem nur subjektiven Bewusstsein und Willen des Einzelnen, vielmehr wesentlich in dem Gemeinbewusstsein. Besitz ist so in der Hauptsache allerdings thatsächliche Gewalt, aber nicht diejenige, welche der Einzelne haben will, sondern ein Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewusstsein als thatsächliche Herrschaft erscheint“.¹³⁴

Diese Ausführung GOLDSCHMIDTS bildet einen wichtigen Bestandteil in der Entwicklung des Besitzbegriffs von SAVIGNY bis hin zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Klar ist, dass für GOLDSCHMIDT der animus domini SAVIGNYS keineswegs die Grundlage bildet; der Besitz soll vielmehr durch das „Gemeinbewusstsein“ bestimmt werden. Diese Lehre entspricht weitgehend den später im BGB niedergelegten Grundgedanken, auf die noch zurückzukommen ist.

Anschließend soll die Stellung WINDSCHEIDS in seinem Werk¹³⁵ - der umfangreichsten Zusammenfassung gemeinen Rechts - eingegangen werden. Nach seiner Auffassung wird der Begriff des juristischen Besitzes durch die tatsächliche Gewalt über die Sache und den Aneignungswillen bestimmt. Beide Elemente sollen sich auf die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen auswirken: „Wer die Sache nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung

¹³³ Ebd., 190.

¹³⁴ GOLDSCHMIDT, aaO, 75-78; obwohl GOLDSCHMIDT eine abweichende Stellung von der Auffassung JHERINGS aufnimmt – vgl. GOLDSCHMIDT aaO, § 16.

¹³⁵ WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

tatsächlich in der Gewalt hat oder sich aneignen will, ist juristischer Besitzer nicht“¹³⁶. Und WINDSCHEID schließt:

„Da unter den Rechten das Eigentumsrecht das Recht ist, die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen für sich zu haben, so kann man die zum juristischen Besitze erforderliche tatsächliche Gewalt und den zu demselben erforderlichen Willen auch bezeichnen als diejenige tatsächliche Gewalt und denjenigen Willen, wie sie der Eigentümer haben darf“.¹³⁷

Bezüglich der Fälle, in welchen einer Person Besitz zugeschrieben wird, deren Wille von der oben bezeichneten Art nicht ist, lehnt WINDSCHEID die Auffassung SAVIGNYS – abgeleiteten Besitzes - ab, nämlich die Übertragung des dem Verpfänder und dergleichen zustehenden Besitzrechts auf den Inhaber, deshalb, weil ihr es an allem Inhalt in den Quellen fehlt, und stellt fest: „Das richtige ist einfach, daß hier kraft positiver Rechtsbestimmung (aus verschiedenen Gründen) ein Besitzvorteil gewährt wird auch ohne ein dazu der Regel nach notwendiges Erfordernis“¹³⁸.

Die Stelle des Besitzes im Rechtssystem bestimmt sich nach WINDSCHEID dadurch, „dass er Rechtsverhältnis zur Sache ist. Er ist das unmittelbarste und einfachste Rechtsverhältnis zur Sache; deswegen wird er an die Spitze des Sachenrechts gestellt“¹³⁹.

c) Der Besitzerwerb nach gemeinrechtlicher Anschauung

PAULUS hat den Satz aufgestellt: Der Besitz werde erworben durch Willen und körperliches Verhältnis.¹⁴⁰ Diese Ansicht wird Jahrhundertenlang als umstößliche Wahrheit hingenommen,

¹³⁶ WINDSCHEID/KIPP aaO, § 149. Juristischer Besitzer ist also nicht etwa der Nießbraucher (aaO, Fn. 2). Vgl. dazu DERNBURG/SOKOLOWSKI, Pandekten, § 142 Ziff. 4: „(...) Sachbesitz oder die Herrschaft über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen“. Nach DERNBURGs Auffassung stellt der Begriff Besitzes kein Willenselement dar (aaO, § 142 Ziff. 1): „Besitz ist die sozial anerkannte Herrschaft über die Sachgüter“.

¹³⁷ WINDSCHEID/KIPP aaO, 749, Anm. 5: „Der Besitz ist das tatsächliche Abbild des Eigentums; derselbe Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt das Eigentum ausmacht, macht den Besitz aus“. Dieselbe Parallelität von Besitz und Eigentum ist Kennzeichen der Lehre SAVIGNYS, obwohl WINDSCHEID den Ausdruck *animus domini* kritisiert als kennzeichnend des Besitzwillens als Wille, das Eigentum auszuüben, und nicht des Aneignungswillens (*animus dominantis* oder *dominandi*). Vgl. aber dazu SAVIGNY (aaO, 109 f.): „(...) ,folglichs nur der als Besitzer gelten kann, welcher die Sache als Eigenthümer behandelt, d. h. welcher sie factisch eben so beherrschen will, wie ein Eigenthümer kraft seines Rechts zu thun befugt ist, (...)“ - SAVIGNY charakterisiert also den Besitzwillen ebenso als Wille: „wie ihn der Eigentümer haben darf.“

¹³⁸ Zu der noch zu der Zeit WINDSCHEIDS herrschenden Auffassung SAVIGNYS, und der Auffassung WINDSCHEIDS nachfolgenden Lehre vgl. WINDSCHEID/KIPP, Anm. 7 zu § 149.

¹³⁹ WINDSCHEID, aaO, 753-754. Dagegen DERNBURG/SOKOLOWSKI, aaO, 292: „Der Besitz ist ein physisches Verhältnis“; obwohl es sich an ihn Rechtswirkungen (*ius possessionis*) knüpfen (ebd., 293).

und gilt als solche noch in der Zeit der Pandektenwissenschaft den bedeutendsten Schriftstellern.¹⁴¹ Unter dem Besitzwillen (animus) versteht die seit SAVIGNY begründete herrschende Lehre¹⁴² den Willen des Erwerbers, die Sache als seine eigene zu haben. Nach WINDSCHEIDS Auffassung wird der Besitz dadurch erworben, dass „die beiden Momente seines Begriffes, tatsächliche Gewalt und Aneignungswille, in einem gegebenen Fall zur konkreten Wirklichkeit gelangt sind“; d. h., der Aneignungswille muss im Haben der tatsächlichen Gewalt verwirklicht sein.¹⁴³

Nach DERNBURGS Auffassung war den römischen Juristen der animus keine Willensstimmung, er habe als objektives Besitzelement gegolten und als realer Begriff habe er wahrnehmbar sein müssen; es handelte vielmehr um eine geistige Vorstellung, nämlich das Wissen – scientia, intellectus, consilium, während der Mangel des animus possidendi als „ignorantia“ bezeichnet wurde. Wer daher einer klaren Vorstellung nicht fähig ist, kann nicht den Besitz erwerben.¹⁴⁴

Der Aneignungswille kann ausdrücklich erklärt werden, oder, was das Gewöhnlichere ist, in anderen Handlungen hervortreten; es ist ferner nicht notwendig, dass der Besitzbegründungswille besonders bestimmt sei: Die Fischer können, an denen in das von ihnen ausgespannte Netz geratenen Fischen, schon mit diesem Moment, den Besitz erwerben.¹⁴⁵

Die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache setzt nicht körperliche Berührung der Sache voraus – wie schon SAVIGNY mit Recht hervorgehoben hat¹⁴⁶. Dies geht aus einer Stelle bei PROCULUS hervor, wo jemand an einem Eber, der sich im Wald in seinem Eisen gefangen hat, Besitz erwirbt.¹⁴⁷

¹⁴⁰ D. 41, 2, 3, 1.

¹⁴¹ Vgl. insb. WINDSCHEID/KIPP, § 153; DERNBURG/SOKOLOWSKI, § 144 Ziff. 2 i. V. m. § 147 Ziff. 1; JHERING, Der Besitzwille, 10 ff. Zur gewissermaßen abweichenden Meinung DERNBURGS vgl. folgendes im Text.

¹⁴² Etwa C. G. BRUNS, aaO, 3: „zum Besitz gehöre nach Paulus „animus domini“; MEISCHEIDER, Die alten Streitfragen, Berlin-Leipzig 1889, 83; gewissermaßen abweichend WINDSCHEID, §§ 153, 154, insb. S. 768 (dazu noch folgendes im Text).

¹⁴³ AaO, 760.

¹⁴⁴ AaO, § 144 Ziff. 2, 3 i. V. m. § 147 Ziff. 1, 2. Dagegen DRAGANESCO, 63-64.

¹⁴⁵ So WINDSCHEID, 767.

¹⁴⁶ Das Recht des Besitzes, 216 f.; so auch WINDSCHEID, § 153.

¹⁴⁷ D. 41, 1, 55; desgleichen bei Celsus D. 41, 2, 18, 2.

Im römischen Recht herrscht der Satz: „non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.“¹⁴⁸ Auch das gemeine Recht hielt prinzipiell am Grundsatz des römischen Rechts fest. Auch dort vollzog sich grundsätzlich der Erwerb des Besitzes durch den Willen und die Verwirklichung desselben in der Erlangung der tatsächlichen Herrschaft. Jedoch entwickelte sich nach der gemeinrechtlichen Lehre mehr und mehr der Grundsatz des „animus rem sibi habendi“.¹⁴⁹

d) Die Rechtssprechung des 19. Jahrhunderts

Während die Mehrzahl der Rechtslehrer lange Zeit der Besitzlehre SAVIGNYS folgt, hat sich ihm die Rechtssprechung des 19. Jahrhunderts nur zum geringeren Teil angeschlossen.

Für Württemberg hat beispielsweise das OT Stuttgart die restriktive Auffassung SAVIGNYS vom Besitz, zunächst was die Möglichkeit der Ersitzung betraf. Das OT Stuttgart erklärte im Jahre 1830¹⁵⁰:

„So wie der eigentliche Besitz nur in Beziehung auf bestimmte körperliche Sachen denkbar ist, so findet der Quasibesitz nur statt bei römisch dinglichen, oder nach Grundsätzen des canonischen oder deutschen Rechts diesen gleichgestellten Rechten. Ein gesellschaftliches Verhältnis aber, wie es hier besteht, kann in Beziehung auf das Objekt der gegenseitigen Leistungen keinen Besitz begründen. War demnach die Klägerin nicht im Quasibesitz eines Rechts gegenüber den Beklagten, so kann man nicht annehmen, sie habe durch Immemorialverjährung das Recht erworben; denn nur durch einen unvordenklichen Besitzstand, an dem es hier fehlt, hätte der Mangel des Titels ersetzt werden können“.

Das **Reichsgericht** entschied im Jahre 1881, der Begriff des Besitzes lasse „es nicht zu, daß der obligatorische Anspruch auf eine Leistung als Besitz des Rechts auf eine Leistung“ - nämlich, monatliche Vergütung auf Grund eines Gesellschaftsvertrags - angesehen werden.¹⁵¹

Die Mehrheit der Obergerichte sprach jedoch gegen die von SAVIGNY angestrebte Reduzierung des Besitzbegriffs aus.

¹⁴⁸ D. 41, 2, 1, 21.

¹⁴⁹ WINDSCHEID/KIPP, 768-769; DERNBURG/SOKOLOWSKI, § 147.

¹⁵⁰ SeuffA Bd. 1 Ziff. 183.

¹⁵¹ SeuffA Bd. 37 Ziff. 191 (ebenso die Vorinstanz).

Das OAG Dresden ließ im Jahre 1861 eine Akquisitionsverjährung eines obligatorischen Anspruchs zu. Es ging um die Klage einer Bogenschützengesellschaft gegen eine Stadt auf Restitution des Aufwands für eine neue Vogelstange und auf Anerkennung der Verpflichtung zu fernerer Anschaffung im „Bedürfnisfall“.¹⁵²

Entgegen seinem soeben erwähnten Urteil erklärte das **Reichsgericht** im Jahre 1890¹⁵³:

„Die Frage, ob die unvordenkliche Zeit nicht lediglich zur Begründung solcher Verpflichtungen, welche einen dinglichen Charakter haben, geeignet sei, ist mit dem OLG zu verneinen. Der Grund, welcher gegen die Möglichkeit eines Besitzes an Obligationen angeführt wird, daß dieselben eine fortgesetzte Ausübung ihres Inhalts nicht zulassen, trifft nur da zu, wo die Obligation mit der einmaligen Ausübung erlischt. Bei dauernder Ausübung hindert der Begriff des Besitzes (nicht) die Anwendung der Grundsätze der unvordenklichen Zeit“.

Hier wie auch in anderen Entscheidungen¹⁵⁴ geht es erneut um die (einen Quasibesitz erfordernde) erwerbende Verjährung als Ersatz für den Nachweis des Rechtserwerbs.

Die Rechtsprechung zeigt in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts einen wachsenden Zug zur *Loslösung der Lehre SAVIGNYS* – auch hinsichtlich seiner Besitzwillenslehre. Dies wird am deutlichsten sichtbar in der **Plenarentscheidung des Berliner Obertribunals** vom 3. März 1862¹⁵⁵:

„Es ist nun der Besitz an Sachen wie an Rechten ein rein faktisches Verhältnis, welches zwei Seiten hat: äußerlich die Detention und innerlich den animus. Das der Detention korrespondierende Wollen ist der animus possidendi und weil die Detention ein rein faktisches äußeres Verhältnis ist, ist auch der animus possidendi nur das innere Wollen eines rein faktischen, nicht aber eines Rechtsverhältnisses, nur auf eine tatsächliche Verfügungsgewalt gerichtetes Wollen. Dieser animus bleibt derselbe, mag auch der römische Besitzer sich im Besitz von quiritarischem oder bonitarischem Eigentum, von Provincialgrundstücken oder ager publicus

¹⁵² SeuffA Bd. 16 Ziff. 5.

¹⁵³ SeuffA Bd. 46 Ziff. 84.

¹⁵⁴ Bayrische OLG 1881 in SeuffA 37/96; OAG Jena 1849 in SeuffA 19/151; OAG Darmstadt 1837 in SeuffA 9/126.

¹⁵⁵ SeuffA Bd. 17 Ziff. 14.

befinden. Wie es sich mit dem Eigentum und dem Besitz verhält, ebenso verhält es sich zwischen einem ius in re und der ihm entsprechenden quasi possessio: Die Ausübung der einzelnen Bestandteile des Eigentums (Servituten) bleibt tatsächlich dieselbe, mag man einen solchen Bestandteil als vom Eigentum gesondert oder ungesondert ausüben. Nur die Rechtsbegriffe sind einander entgegengesetzt: Ausfluß des Eigentums an der eigenen Sachen, Ausschnitt des Eigentums an fremder Sache. Ebensowenig wie zum animus possidendi beim Sachbesitz gehört, daß der Wille auf den Rechtsbegriff des Eigentums gerichtet ist, ebensowenig gehört es zur quasi possessio einer Servitut, daß der animus auf den Rechtsbegriff eines Rechts an einer fremden Sache gerichtet sein muß. Der animus ist nicht auf Rechtsbegriffe, sondern auf faktische Verhältnisse gerichtet. Der animus geht rein auf ein tatsächliches Verfügen über die Sache. Über eine Sache in ihrer Totalität verfügen ist nichts Anderes, als über sie in einzelnen Beziehungen verfügen, nicht ein aliud, sondern ein minus“.

Bemerkenswert ist, dass das Berliner Obertribunal den animus possidendi als ganz einfaches Habenwollen einer Sache versteht, nicht nur losgelöst vom Eigentumsbegriff, sondern von jeder rechtlichen Beziehung überhaupt. Mit dieser Plenarentscheidung kehrt das Gericht der Lehre vom animus domini den Rücken und bahnt eine Verallgemeinerung des Besitzwillens an. Die Auffassung dieser sog. faktischen Besitzlehre hat damit ebenfalls in der Rechtsprechung – und zwar hier relativ frühzeitig - Anerkennung gefunden. Noch in diese Richtung die Entscheidung des IV. Civilsenats **Reichsgerichts** vom 28. April 1885¹⁵⁶:

„Wenn Handlungen festgestellt sind, welche sich äußerlich als Rechtsausübungshandlungen darstellen, wie bei der alleinigen Erkennung des Pfarrers durch den einen der mehreren Patrone, so bedarf die Absicht der Handelnden, das Recht wie ein eigenes auszuüben, eines besonderen Beweises nicht, kann vielmehr aus den Handlungen selbst gefolgert werden, sofern nicht Umstände entgegenstehen, welche diese Folgerungen ausschließen“.

Gewissermaßen ging diese Entscheidung bereits in dieselbe Richtung wie die Auffassung JHERINGS, zumindest betreffs der Erleichterung der Beweislast des Besitzwillens, was

¹⁵⁶ BOLZE, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, I, Leipzig 1886, Ziff. 71.

JHERING deshalb für einen Vorteil seiner Theorie hält, weil sie vom Beweis desselben entbindet¹⁵⁷.

¹⁵⁷ JHERING, Der Besitzwille, 167 ff.

I.2. DER BESITZ UND DESSEN ERWERB IM BGB

Das BGB hat eine Unterscheidung wie die gemeinrechtliche zwischen Detention und juristischen Besitz nicht aufgenommen. Der 1. Entwurf – unter direktem Einfluss WINDSCHEIDS – freilich hatte noch Besitz und Inhabung unterschieden und den Besitz mit der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre als eine durch den Willen, die als die seinige zu haben, qualifizierte Inhabung bezeichnet (§ 797). Den Besitzschutz aber hatte bereits der 1. Entwurf jedem Inhaber gewähren wollen (§§ 815, 819, 820)¹⁵⁸. Die zweite Kommission – jetzt unter dem Einfluss JHERINGS und O. von GIERKES – hat den Begriff der Inhabung beseitigt und der § 797 des 2. Entwurfes folgte zunächst ganz der am Prinzip der Sachherrschaft orientierten sog. faktischen Besitzlehre. Diese Fassung ist als § 854 BGB Gesetz geworden. Unter dem Eindruck der Kritik JHERINGS¹⁵⁹ und GIERKES¹⁶⁰ wurde dann der Eigenbesitzwille als Grundprinzip des Besitzes aufgegeben (trotz des Wortlauts von § 872, der den Eigenbesitz definiert). In den Fällen, in welchen gemeinrechtlich ein juristischer Besitzer durch einen Detentor den Besitz ausübt, sind jetzt beide Besitzer, und zwar ist derjenige, für welchen nach den Begriffen des gemeinen Rechts der andere detinierte, mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB), man kann also den anderen den unmittelbaren Besitzer nennen, obwohl das Gesetz keine ausdrückliche Begriffsbestimmung des unmittelbaren Besitzes enthält. Von dem unmittelbaren Besitzer, der einen mittelbaren neben bzw. über sich hat, ist aber der bloße Besitztziener zu unterscheiden (§ 855 BGB).

Das Wort ‚Besitz‘ ist nach dem BGB in einem zweifachen Sinn zu gebrauchen: **(a) die tatsächliche Gewalt** selbst, selbst wenn sie nicht ausgeübt wird (so etwa unmittelbarer und mittelbarer Besitz zu §§ 854, 855, 856, 868; Erbenbesitz zu § 857; Eigenbesitz zu § 872), und **(b) die Fassung von Rechtspositionen** (so etwa die Rechte nach § 855, der Herausgabeanspruch zu § 870, die Besitzschutzansprüchen und -klagen der §§ 861-862, die Einwendungen zu § 863), die sich aus derselben tatsächlichen Sachherrschaft ergeben (etwa § 857). Im Sinne von **(a)** ist der Besitz ein *faktischer Zustand*; es gibt einen Tatbestand, dem der Ausdruck ‚Besitz‘ entspricht. Im Sinne von **(b)** gibt es ein *subjektives Besitzrecht* – *ius*

¹⁵⁸ Das sächsische BGB von 1863/65 stellte bereits Besitzer und Inhaber im Possessorium gleich; bereits zuvor ebenso die Judikatur zum Gemeinen Recht.

¹⁵⁹ JHERING, Der Besitzwille, insb. 220-22.

¹⁶⁰ O. von GIERKE, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889, insb. 30-31 u. 294-95.

possessionis -, das die soeben genannten Besitzrechtspositionen umfasst (so etwa §§ 857, 823 I), und hier lässt sich der Besitz selbst als Rechtsposition ansehen. Der Besitztatbestand im Sinne (a) tritt in die Rechtswelt (= Rechtssystem) ein als Rechtstatsache *i. e. S.*, nämlich als *grundlegendes Rechtsverhältnis*¹⁶¹.

I.2.1. Der unmittelbare Besitz

Die hM¹⁶² leitet aus der Regelung des Erwerbs und Verlustes des unmittelbaren Besitzes in §§ 854, 856 die Identität von tatsächlicher Sachherrschaft und unmittelbarem Besitz ab. In der Tat ist es in Anbetracht der Vielfalt möglicher tatsächlicher Beziehungen einer Person zu einer Sache nicht möglich, eine genaue Definition der tatsächlichen Sachgewalt zu finden. SAVIGNY verlangte die Fähigkeit des Sachherrn, Einwirkungen Fremder von der Sache fernzuhalten: Aber deshalb zu Unrecht, weil, wer hierzu unfähig ist, besitzt solange sein erfolgreicher Angriff geschieht.¹⁶³ Man darf auch nicht mit WINDSCHEID¹⁶⁴ die Fähigkeit fordern, auf die Sache nach Belieben einzuwirken, da dem Einwirkungsbelieben oft durch die Natur der besessenen Sache oder durch räumliche Entfernung Schranken gezogen sind, die eine Sachherrschaft nicht hindern. Besitz ist vielmehr ein „Elementarbereich“¹⁶⁵, der eine genaue Bestimmung nicht zulässt. Nach KIPP „ist die Formel des Gesetzes ein brauchbarer Ausdruck für ein im Leben höchst mannigfaltiges, von den im Verkehr herrschenden Anschauungen Gepflogenheiten, von der im Verkehr durchschnittlich herrschenden Sicherheit abhängiges Etwas“¹⁶⁶. „Ob das Verhältnis einer Person zu einer Sache tatsächliche Herrschaft ist, ist nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen; Sachherrschaft ist, was nach dem gemeinen Bewusstsein als solche erscheint“¹⁶⁷.

Dieser herrschenden Lehre vom „Besitz als Elementarbereich“ steht die Lehre vom „Besitz als Blankettbegriff“ gegenüber.¹⁶⁸ Sie folgert aus §§ 855, 856 II, dass unmittelbarer Besitz auch

¹⁶¹ Dazu vgl. oben die EINLEITUNG Ziff. 14.

¹⁶² KIPP zu WINDSCHEID, aaO, 783; PLANCK/BRODMANN, 3 vor § 854; WESTERMANN/GURSKY § 9 I; MÜNCHKOMM/JOOST § 854 Rn 3; SOERGEL/MÜHL Rn. 6 vor § 854.

¹⁶³ SAVIGNY, aaO, 26; dagegen WINDSCHEID, aaO, § 153.

¹⁶⁴ WINDSCHEID, aaO.

¹⁶⁵ WOLFF-RAISER § 5 III, 25. Das ist immer noch hM - vgl. etwa WESTERMANN/GURSKY § 9 I 1 Fn. 2 mit anderen Nachweisen.

¹⁶⁶ WINDSCHEID/KIPP, 783.

¹⁶⁷ WOLFF-RAISER, aaO. Die Verweisung auf die Verkehrsanschauung geht auf GOLDSCHMIDT aaO, 77 ff, zurück.

¹⁶⁸ HECK, § 5, 4 ff.; SCHMELZEISEN, in AcP 136, 38 ff.

ohne tatsächliche Gewalt möglich sei, und leugnet, dass es im allgemeinen Bewusstsein einen Begriff der tatsächlichen Gewalt gebe.¹⁶⁹ Tatsächliche Gewalt sei kein Elementar-, sondern ein „Hilfsbegriff“¹⁷⁰. Es handelt sich nach dieser Auffassung vielmehr um einen Blankettbegriff, d. h. eine durch das Gesetz wirkliche und auch gewollte Unbestimmtheit, der nach der Interessenlage mit Inhalt zu füllen ist. Dabei sei ein unterschiedlicher Maßstab anzulegen, je nachdem, ob es sich um die für den Besitzschutz nötige „Einfügung in die Interessensphäre“ oder um die Offenlegung bei der Verfügungen (Zeichenfunktion) handelt¹⁷¹. Folgerichtig kommt diese Lehre zu einer Relativität des Besitzes, indem die Einfügungswirkung und die Offenlegungswirkung bejaht werden. B veräußert beispielsweise seine Filiale an den bisherigen Filialleiter A, ohne dass der Inhaberwechsel irgendwie erkennbar gemacht wird. Hier soll dem A Besitzschutz zustehen, während die Offenlegungswirkung für B fortbestehen soll¹⁷².

Aus § 855 ist kein Schluss gegen die hM zu ziehen; die Beherrschung der Sache mittels eines Besitzdieners ist tatsächliche Gewalt.¹⁷³ Die Stellung des BGB bezüglich des Besitzdieners zeigt an, dass das Rechtssystem die tatsächliche Gewalt mit der *naturalis possessio* nicht gleichstellt: Der Besitzdiener, der die *naturalis possessio* – den *corpus* – hat, besitzt nicht, d. h. er hat keine tatsächliche Gewalt, aber doch der Besitzer. „Hierin kann man sehen, wie man von dem physischen Inhalt abstrahiert hat, wovon die damaligen Theorien und Rechtssysteme nicht haben loslösen können“¹⁷⁴. Entsprechendes kann man zu § 856 II aussagen.

In der Regel weist die Sachherrschaft äußerlich erkennbar auf den Träger der Herrschaft hin. Nötig ist das zur Aufrechterhaltung des Besitzes nicht: Der Holzhaufen im Wald steht im Besitz des Erwerbers, auch wenn nicht erkenntlich ist, wer der Erwerber (= Besitzer) ist. Entscheidend ist also, ob der **Verkehrsanschauung** nach eine Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Besitzer die Gewalt über die Sache weiterhin ausüben kann. Der Verkehr selbst

¹⁶⁹ HECK, § 5, 5: Nach demselben handelt es sich um eine „Illusion“.

¹⁷⁰ Ebd., § 5, 4.

¹⁷¹ Ebd., § 5, 6.

¹⁷² Beispiel bei HECK, § 6, 6 a; auch bei SCHMELZEISEN, 39. Neuerdings hat ERNST, *Eigenbesitz und Mobiliarerwerb*, Tübingen 1992, 26-32, die Lehre vom relativen Besitzbegriff in anderem, die Opposition von Schutzfunktion und Zeichenfunktion in den Vordergrund stellendem Gewand wiederbelebt. ERNST geht davon aus, dass der Besitz i. S. der §§ 854-871 aus den Rechtsfolgen gerade nur dieser Vorschriften, d. h. aus dem possessorischen Besitzschutz nach §§ 859 ff., zu deuten ist, und trennt daher vom Besitz i. S. dieser Vorschriften den Besitz i. S. der Erwerbstatbestände der §§ 929 ff., 1032 ff., 1205 ff., der der Eigenbesitz (§ 872) sein soll. Darin liegt eine Wiederanknüpfung an das Gemeine Recht.

¹⁷³ WESTERMANN/GURSKY § 9 I 3.

¹⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, X, 89.

bestimmt die Maßstäbe, nach denen die vom Verkehr zu beachtende Herrschaftslage bewertet werden soll. Diese Verkehrsanschauung hängt von den allgemeinen gesellschaftlichen Zuständen ab und wechselt mit diesen.¹⁷⁵

Der Besitzbegründende Tatbestand bleibt somit die tatsächliche Gewalt (§ 854 I BGB). Aufspaltung des Besitztatbestandes in einen Herrschafts- und Offenlegungsteil mit Relativität des Besitzes als Folge ist nicht zu erkennen.¹⁷⁶

Die hM fordert für den Besitz weiter eine räumliche Beziehung der Person zur Sache und eine gewisse Dauer des Gewaltverhältnisses.¹⁷⁷ Die räumliche Beziehung kann je nach Art der Sache unterschiedliche eng sein; da es hier jedoch die verschiedensten Möglichkeiten gibt (Besitz an der getragene Kleidung – am weit entfernten Grundstück), kann Näheres dazu nicht festgestellt werden. „Sie muss aber jedenfalls so beschaffen sein, dass sie der betreffenden Person die Möglichkeit verleiht, auf die Sache einzuwirken, sie insbesondere zu ge- oder verbrauchen“¹⁷⁸. Dagegen ist eine auf längere Dauer angelegte tatsächliche Gewalt nicht zu fordern, auch eine ganz vorübergehende Sachherrschaft bzw. Einwirkungsmöglichkeit kann Besitz sein - sog. „Kurzbesitz“¹⁷⁹. Wer auf der Parkbank sitzt, hat nach WIELING¹⁸⁰ Besitz an seinem Sitzplatz; gleichwohl hat der Gast im Gasthaus Besitz an seinem Platz, an Teller und Besteck usw. Entscheidend ist nach WIELING nicht die Dauer des Besitzes, sondern die Schutzbedürftigkeit, und bejaht mit STROHAL¹⁸¹ die Schutzwürdigkeit in diesen Fällen. Dagegen aber zutreffend WESTERMANN/GURSKY:

„Der zu Tisch gebetene Gast erlange schon deshalb keinen Besitz an irgendwas, weil seine Einwirkungsmöglichkeit nach der Lebensanschauung eine vom Gastgeber abhängige bleibe und die Anwesenheit des letzteren eine auch nur vorübergehende

¹⁷⁵ SOKOLOWSKI, 293; WIELING, 132; WESTERMANN/GURSKY, § 9 I 4; PONTES DE MIRANDA, X, 67; ferner J. KOHLER, Lehrbuch II/2, Berlin 1919, § 11 II.

¹⁷⁶ WESTERMANN/GURSKY § 9 I 3, 73.

¹⁷⁷ RGZ 75, 221, 223; RGRK/KREGEL Rn 2; STAUDINGER/BUND § 854 Rn. 9; SOERGEL/MÜHL § 854 Rn. 5; MÜNCHKOMM/JOOST § 854 Rn. 5; WIELING I § 4 I 1 a, 133; BAUR/STÜRNER § 7 Rn. 6; WESTERMANN/GURSKY § 9 II 3; PALANDT/BASSENGE § 854 I a; J. von GIERKE, § 5 III 1 c; WOLFF/RAISER § 5 III 1, 4; Hk-BGB/ECKERT, § 854 4, 6.

¹⁷⁸ WESTERMANN/GURSKY aaO und deshalb zutreffend, weil die possessorische Beziehung der Person zu einer Sache etwas Faktisches impliziert, und ist somit irgendwelcher ‚räumlicher ebenso wenig körperlicher Nachweis‘ zu vermeiden, um kein Risiko einer veralteten, zum Gesetz nicht passenden ‚menschähnlichen‘ Ansicht auf sich zu nehmen. Das Faktische ist also nicht nur sinnlich wahrnehmbar.

¹⁷⁹ So etwa HECK § 6, 5; WESTERMANN/GURSKY § 9 II 7; WIELING, 133; MÜNCHKOMM § 854 Rn 12. Nach hM (vgl. oben Fn. 177) begründet eine ganz vorübergehende Sachbeziehung keinen Besitz.

¹⁸⁰ WIELING, 133-134.

¹⁸¹ In JherJahrb 29, 358 Fn. 18.

Ausgliederung der genannten Sachen aus seiner Herrschaftssphäre ausschließe¹⁸². Gleich es gilt für das Buch, das der Student im Lesesaal eines Juristischen Seminars einsieht“.¹⁸³

Nach der bis heute hM setzt Besitz nicht nur tatsächliche Gewalt voraus, sondern auch den Willen, die Sache zu beherrschen.¹⁸⁴ Nach hM kann man nicht sagen, dass jemand eine Sachgewalt begründen könne, der sie nicht begründen wolle. Da der Besitz nach derselben hM eine auf die Dauer angelegte Beziehung zur Sache verlangt, wird die Frage, ob die Sachberührung auf die Dauer angelegt ist, je nach der Willensrichtung des Besitzbegründers zu beantworten sein.

In Weiterführung dieser hL ist der Besitzerwerb ohne Willen nicht denkbar. Das zeigt die Entscheidung des **BGH** im bekannten Großmarkt-Fall¹⁸⁵:

Der Kunde K eines Metro-Großmarkts entdeckt zwischen Waren, die unter den Regal stehen, einen 1.000 DM-Schein, gibt ihn an den Betriebsleiter, der den Vorgang in ein sog. Fundbuch einträgt und den Geldschein sodann in die Kasse legt mit der Folge der Vermischung nach § 948 I. Nach Ablauf von 6 Monaten, in denen der Verlierer sich nicht gemeldet hat, verlangt K den Geldschein heraus, weil er als Finder durch Zeitablauf Eigentümer geworden sei oder doch jedenfalls als Hinterleger Rückgabe verlangen könne. Metro weigert sich.

Angesichts der Vermischung ist ein Wertersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der Rückgabepflicht des Verwahrers – Kunde und Metro kam es auf den Geldbetrag und nicht den konkreten Schein an – oder der Besitzkondition nach §§ 812 I 2, 818 II zu prüfen. Beides setzt voraus, dass K den Besitz an dem Geldschein an Metro übergeben hat und der Rechtsgrund dafür in einer Verwahrung und Bereitstellung für den Verlierer in der Frist von 6 Monaten bestand, nach deren ergebnislosem Ablauf K den Erwerb als Finder nach § 973 geltend machen konnte. Die Übergabe war ausgeschlossen, wenn Metro schon vor der Entdeckung durch K Besitzer des Geldscheins gewesen war.

¹⁸² WESTERMANN/GURSKY § 9 II 7; dazu auch HECK aaO.

¹⁸³ Die Ausscheidung des Besitzes in diesen Fällen rechtfertigt WIELING aaO durch den Willensmangel des Betreffenden, die tatsächliche Gewalt auszuüben, was mE nicht ganz mit der objektiven Auffassung des BGB, und selbst auch nicht mit der Ausführung STROHALs nach dem BGB (vgl. STROHAL, in JherJahrb 38, 3: „was die Auffassung des Lebens unter Besitz versteht“) übereinstimmt.

¹⁸⁴ RGZ 106, 136; BGHZ 27, 362; KIPP zu WINDSCHEID, 786; SOKOLOWSKI, 243 ff; PALANDT/BASSENGE § 854 N. 1 a; WOLFF-RAISER § 10 II; PLANCK/BRODMANN § 854 N. 2; MÜNCHKOMM/JOOST § 854 Rn 8; SOERGEL/MÜHL § 854 Rn 7; RGRK/KREGEL § 854 Rn 12; J. von GIERKE § 7 I 2; WIELING § 4 I 1 b.

¹⁸⁵ BGHZ 101, 186 = JZ 1988, 357 mit Anm. ERNST. Dazu auch DUBISCHAR, in JuS 1989, 703.

Für diese Frage sind die Sondervorschriften der §§ 978 ff bedeutsam. Sie gehen nämlich bei in öffentlichen Behörden oder Verkehrsanstalten weggekommenen Sachen von einem Fund (§ 978 I) und d. h. der Begründung der MOTIVE nach von der Besitzlosigkeit dieser Sachen aus. Die MOTIVE unterscheiden wie folgt¹⁸⁶: Das Gebiet des gewöhnlichen Findens sei keiner speziellen Aufsicht unterstellt, der dem Verkehre geöffnete Fundort der Sondervorschriften dagegen einer besonderen organisierten Aufsicht; von beiden grenzten sich Privatgebiete und Privaträume dadurch ab, dass „die dort befindlichen Sachen bereits einer gewissen Detention unterstehen und nicht im eigentlichen Sinne gefunden werden können“. Die Umschlossenheit einer weggekommenen Sache durch Raum und Organisation einer Behörde oder Verkehrsanstalt begründet danach nicht den Besitz der Behörde oder Anstalt. Bei Umschlossenheit durch Raum und Organisation einer privaten Person, die nicht Träger einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt ist, soll dies näher liegen, auch wenn immer noch, wie die Formulierung von einer „gewissen“ Detention beweist, Zweifel bestehen.

Der BGH hat diese Zweifel in seinem Fall dahingehend gelöst, dass er sich für den Besitz des Großmarkts entschieden hat. Fasst man seine Argumentation zusammen, so ergibt sich danach zunächst die Sachherrschaft des Großmarkts, die nach der Verkehrsauffassung zu prüfen sei, aus der Lage des Geldscheins an einer Stelle, nämlich zwischen Waren, die durch die von Metro organisierte Ladenkontrolle und Wiederbeschaffungsorganisation erfasst ist, und aus der deutlichen Sichtbarkeit des Geldscheins. Was sodann den Besitzerwerbwillen betrifft, soll der Wille des Inhabers zur Obhut über verlorene Sachen im Interesse von Kunden und Mitarbeitern entscheidend sein, wie dieser nach außen in der Anweisung an die Mitarbeiter hervortrete, Fundsachen an den Betriebsleiter abzugeben, und weiter in der Führung des Fundbuchs und der getrennten Verwahrung von Fundsachen. Die übliche Eintragung der Namen der „Finder“ im Buch vermerke nur den Überbringer für den Fall von Feststellungsschwierigkeiten oder der Rückgabe zu eigener Entlastung, weise aber nicht auf ihn als Besitzer und Finder im Sinne des Fundrechts hin.¹⁸⁷

¹⁸⁶ MOTIVE bei MUGDAN III, 215.

¹⁸⁷ Diese Auffassung des BGH führt nach ERNST, in JZ 1988, 360, zu dem wenig sinnvollen Ergebnis, dass der Verlierer verbotene Eigenmacht begeht, wenn er zum Zweck der Suche nach dem verlorenen Geldschein in den Großmarkt zurückkehrt und denselben dort tatsächlich entdeckt und an sich nimmt. Dazu - auch ablehnend - vgl. STAUDINGER/BUND § 854 Rn 18; WESTERMANN/GURSKY § 13 I 2.

Das Fundament dieser Betrachtung des BGH ist die verbreitete Lehre, die eigentlich auf SAVIGNY zurückgeht¹⁸⁸, von der Möglichkeit generalisierter Sachherrschaft und eines generalisierten Besitzwillens.¹⁸⁹ Die hM wird mit einem Hinweis auf § 867 begründet:

„Aus der Unterscheidung von ‚auf das Grundstück‘ gelangt und ‚in Besitz genommen‘ wird geschlossen, dass das Gesetz die bloße Beherrschungsmöglichkeit nicht als ausreichend ansehe, sondern eine zusätzliche Betätigung des Beherrschungswillens verlange. Zudem wird die mit der Besitzerstellung verbundene Passivlegitimation für §§ 985, 1007 als unerträglich angesehen, falls Besitz ohne Willen des Besitzers entstehen könne“¹⁹⁰.

„Diese Begründung ist nicht zwingend. Abgesehen davon, ob die gelegentliche Einzelregelung in § 867 die Grundsatzfrage entscheiden kann, ist nicht, wie für den Schluss der hM nötig ist, jedes ‚auf das Grundstück Gelangen‘ bedingungslos mit Besitzbegründung gleichzustellen, wenn man Besitzwillen als Erfordernis ablehnt. Die hM, die einseitig auf den Willen abstellt, verkennt auch, dass für die Verkehrsanschauung die objektiv erkennbare Herrschaftslage bedeutender ist als der nicht erkennbare subjektive Wille. Die Annahme eines generellen Besitzerwerbswillens liefe im Übrigen in manchen Fällen, in denen durchaus ein Bedürfnis nach Besitzschutz besteht, auf eine willkürliche Unterstellung hinaus“¹⁹¹.

Nach der Mindermeinung ist ausreichend zur Besitzbegründung vielmehr, dass die Sache in einen **Organisationsbereich** eingefügt wird, der als solcher bereits eine Herrschaftssphäre darstellt¹⁹². „Wo es an einer solchen Einfügung in einen bereits bestehenden organisierten Herrschaftsbereich fehlt, ist allerdings der Besitzbegründungswille notwendige

¹⁸⁸ SAVIGNY, aaO, 205 f., 210, 237 ff., 246, 282, 473 ff.

¹⁸⁹ RG in JW 1925, 784; ROHDE, Studien, Absch. XV., 2 f.; WOLFF-RAISER § 10 III; BAUR/STÜRNER § 7 B II 2 a; STAUDINGER/BUND § 854 Rn 18; HK-BGB/ECKERT, 3 854 Rn 9; für weitere Nachweise vgl. oben zu Fn. 184.

¹⁹⁰ WESTERMANN/GURSKY § 13 I 2.

¹⁹¹ Ebd.

¹⁹² Eine organisierte Herrschaftssphäre stellt insbesondere die Wohnung dar: Der Wohnungsbesitzer erlangt ohne weiteres Besitz auch an dem Brief, der unter der Tür durchgeschoben wird oder an dem Päckchen, das der Postbote durch ein offenstehendes Oberlicht in die Wohnung hineinwirft.

Voraussetzung für die Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft¹⁹³. Der praktische Unterschied zur hM ist also nicht bedeutsam, da in den meisten Fällen eines organisierten Herrschaftsbereiches regelmäßig ein genereller Besitzwille vorliegt.

Der Akt der Besitzbegründung nach Abs. 1 des § 854 ist nach hM eine Rechtshandlung, nämlich ein **Realakt**, kein Rechtsgeschäft¹⁹⁴: Die Folgen des Besitzschutzes der §§ 861 ff. treten ein unabhängig davon, ob der Besitzerwerber sie gewollt hat. Es genügt hier ein tatsächlicher bzw. *natürlicher Wille*¹⁹⁵, so dass der beschränkt Geschäftsfähige ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters Besitz erwerben kann¹⁹⁶. „Auch das noch nicht siebenjährige Kind und der Geisteskrank können Besitz erwerben, sofern sie physisch und psychisch in der Lage sind, Sachherrschaft zu erlangen“¹⁹⁷.

Diese Lehre des sog. natürlichen Willens ist auszubessern. Hinsichtlich des Willens ist zunächst zu sagen, dass er zum Tatbestand sowohl des Realakts Besitzererwerbs wie irgendeines Realakts durchaus nicht gehört, was FLUME¹⁹⁸ zu Unrecht aber aussagt. Das Willensmoment bei dem Realakt wird gerade abstrahiert, und somit wird abgesehen vom Willen sein Tatbestand gebildet. Der abstrakte Tatbestand, d. h. wie die Rechtsregel ihn bildet, stellt als **rechtserheblich** nur den *tatsächlichen Erfolg* – also das Resultat – dieser Tathandlung dar, und nicht das Willenselement, der zwar zum *sachlichen*, aber nicht zum rechtlichen (abstrakten) Tatbestand gehört. Daraus kann man zu Recht schließen, dass der Realakt des Besitzererwerbs zum Eintritt in die Rechtswelt, nämlich in das Rechtssystem, auf diese Weise gelangt, dass nur die Tatsache des Erwerbs des Besitzes - aber kein Willenselement - rechtserheblich bzw. rechtlich wird, obwohl es tatsächlich in der Handlung vorhanden ist, es bleibt aber dort, wo die Fakten vorkommen – d. h. in der faktischen Welt. Und nur diese Tatsache des Besitzererwerbs wird durch die Schutznormen der §§ 861 ff als rechtserhebliches Tatbestandselement genommen. Zutreffend sagt FLUME, dass das

¹⁹³ So WESTERMANN/GURSKY aaO; ähnlicherweise HECK § 10, 4 a. Gegen den Besitzwillen als Erfordernis vgl. DERNBURG, Das bürgerliche Recht III, 55, der die Verfügungsgewalt schlechthin für genügend hält; STROHAL in JherJb 31, 66 ff., ebenso in JherJb 38, 67-69, 73, welcher also DERNBURG nahe steht. Leo RAAPE, Besitzerwerb ohne Besitzwillen, Bonn 1901, 53 ff., nimmt aber absichtslosen Besitzerwerb nur in Ausnahmefällen an: Die Regel sei also der Erwerb kraft Besitzwillens.

¹⁹⁴ Statt aller vgl. FLUME § 9 2 a bb.

¹⁹⁵ So etwa FLUME, ebd.; PLANCK/BRODMANN N. 2; WOLFF-RAISER § 10 III 2; WIELING § 4 I 1 b; RGRK/KREGEL § 854 Rn 13; PALANDT/BASSENGE § 854 Rn 5; MÜNCHKOMM/JOOST § 854 Rn 9.

¹⁹⁶ PROTOKOLLE III, 33; RGZ 64, 385.

¹⁹⁷ RGZ 98, 131.

¹⁹⁸ FLUME, aaO, 110.

Willensmoment in dem Realakt aufgehe¹⁹⁹, was oben zumindest von der Systemlogik her besser gesagt wurde.

Der Besitzerwerb - abgesehen vom hier nicht in Betracht kommenden Erwerb durch Erbfolge (§ 857 BGB) oder sonstige Gesamtrechtsnachfolge (z. B. Verschmelzung, § 240 III AktG) – kann nach § 854 I entweder **originär** (Wegnahme, Finden) – was schon behandelt wurde – oder **ableitend** (Übergabe nach § 929 S. 1 oder 1205 I 1) sein. Besondere besitzrechtliche Normen für den Besitzerwerb durch Übergabe enthält das BGB nicht. **Übergabe** erfordert jedoch, dass der Vorbesitzer seinen Besitz aufgibt²⁰⁰, und zwar zugunsten des Erwerbers, der den Willen hat, die Sache in seinen Besitz zu übernehmen²⁰¹. In diesem einverständlichen Geben und Nehmen ist kein Rechtsgeschäft zu sehen; ob der Wille auf die Rechtsfolgen des Besitzes gerichtet ist, spielt keine Rolle.²⁰² So spielt besitzrechtlich die Geschäftsfähigkeit keine Rolle; die Vorschriften über Willenserklärungen, insbesondere die über die Anfechtung, gelten nicht. „Bei dieser (körperlichen) Übergabe handelt es sich auch um einen **Realakt**“²⁰³. Hierzu veranlasst der Akt des Übergebers das neue Element, damit diese Erwerbsart derivativ (ableitend) wird. Hier ist der hM zuzustimmen, aber mit der soeben über das Wesen des Realakts ausgeführten Anmerkung.

Im Rahmen des ableitenden Besitzerwerbs kennt § 854 II auch den Fall des rechtsgeschäftlichen²⁰⁴ Besitzerwerbs. Dieser ist bedeutsam für die Übereignung durch Stellvertreter, was noch zu behandeln ist. Hinzu ist vorausgesetzt: Besitz des Veräußernden, Einigung über den Besitzübergang und Möglichkeit der Gewaltausübung aufseiten des Erwerbers. Diese (schlichte) Einigung ist formlos und unterliegt also den Vorschriften über Willenserklärungen; Bedingung und Befristungen sind zulässig. Die Eigenart der nach § 854 II Einigung ist dennoch zu berücksichtigen: So kommt eine Rückwirkung der Anfechtung nicht in Betracht; die Sache wäre sonst abhanden gekommen i. S. von § 935. Scheitert der

¹⁹⁹ FLUME, aaO, § 9 2 a cc.

²⁰⁰ BGHZ 27, 360, 362.

²⁰¹ BGHZ 67, 209.

²⁰² Zur hM vgl.: RAAPE, 66; MANIGK, Anwendungsgebiet, 200 f.; WOLFF-RAISER § 11 I; WESTERMANN/GURSKY § 13 II 2; KREß, 143 f.; J. von GIERKE § 7 II 1; WIELING § 4 II 1 a bb; STAUDINGER/BUND § 854 Rn 22; BAUR/STÜRNER § 7 Rn 17; PALANDT/BASSENGE § 854 N. 1 b.

²⁰³ So zutreffend WESTERMANN/GURSKY, ebd.; so auch PONTES DE MIRANDA, X, § 1.084. 2.

²⁰⁴ Zur hM vgl.: BGHZ 16, 263; WESTERMANN/GURSKY § 13 III 2; PLANCK/BRODMANN § 854 N. 3 a; WOLFF-RAISER § 11 II; PALANDT/BASSENGE § 854 Rn 9; STAUDINGER/BUND § 854 Rn 29; WILHELM, Rn 325. Dagegen aber vgl.: ZITELMANN, in JherJb 70, 27; WIELING, I § 4 II 2 b; JOOST zu MÜNCHKOMM § 854 Rn 20 ff., und in Gedschr. D. SCHULZ, 167 ff. Diese Gegenmeinung argumentiert vor allem mit der Entstehungsgeschichte des Abs. 2 und der Tatsächlichkeit des Besitzes, und somit sucht einen zu § 854 einheitlichen Tatbestandsbegriff. Dennoch ist der letzten Meinung nicht zu folgen - hinzu zutreffend STAUDINGER/BUND aaO, dessen Meinung auch einen im Rahmen des § 854 einheitlichen Besitzbegriff nicht leugnet.

Besitzerwerb nach § 854 II, so ist immer mit der Begründung tatsächlicher Gewalt Besitz des Erwerbers gegeben: Der Besitz wird dann nicht ableitend, sondern originär sein²⁰⁵.

I.2.2. Der mittelbare Besitz

Das Gesetz (§ 868 BGB) definiert den mittelbaren Besitz. Mittelbarer Besitzer ist danach, wer die tatsächliche Gewalt durch einen unmittelbaren Besitzer – **Besitzmittler** – für sich ausüben lässt. Herrschend ist die Lehre, die den mittelbaren Besitz wie den unmittelbaren als tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache mit einem darauf gerichteten Besitzwillen begreift²⁰⁶. Er ist also keine fiktive, sondern eine **wirkliche gegenwärtige Sachherrschaft**, die durch die Person des sog. Besitzmittlers gewährleistet wird²⁰⁷. Der mittelbare Besitz ist dem unmittelbaren grundsätzlich gleichgestellt (hier finden Anwendung etwa §§ 869, 985, 1006, 1007 BGB).

Voraussetzung des mittelbaren Besitzes ist erstens unmittelbarer Besitz²⁰⁸ einer anderen Person und zweitens ein zwischen dieser und dem Oberbesitzer bestehendes **Besitzmittlungsverhältnis**, das das Verhalten des unmittelbaren Besitzers bestimmt.

Das Besitzmittlungsverhältnis muss so sein: Ein genügend bestimmtes Lebensverhältnis, das das Verhalten des unmittelbaren Besitzers bestimmt, das dem mittelbaren Besitzer einen Herausgabeanspruch gegenüber dem unmittelbaren gibt, das Recht des unmittelbaren Besitzers dem des mittelbaren gegenüber schwächer erscheinen lässt und bei dem das Recht des unmittelbaren Besitzers irgendwie aus dem des mittelbaren abgeleitet ist.²⁰⁹ Nach der älteren Lehre ist das Besitzmittlungsverhältnis in der Regel ein **gültiges Rechtsverhältnis**

²⁰⁵ Zutreffend: SOKOLOWSKI, 306 f.; PONTES DE MIRANDA, X, § 1.087. 6; WESTERMANN/GURSKY, aaO; STAUDINGER/BUND § 854 Rn 22.

²⁰⁶ Etwa Hk-BGB/ECKERT, § 868 Rn 1.

²⁰⁷ Zutreffend Hk-BGB/ECKERT aaO. Es gibt deshalb keine Fiktion (etwa WIELING § 6 I 2), weil diese rechtlich ist, die Besitzmittlung ist aber faktisch. Hierbei handelt es sich vielmehr um eine faktische, räumliche Beziehung zueinander, deren Elemente nämlich mittelbarer und unmittelbarer Besitz als etwas ‚Topologisches‘ anzusehen sind. Die betreffende Frage geht vielmehr eine *Analisis situs* an: E' (mittelb. Besitz) + E'' (unmittelb. Besitz) = E (Vollbesitz). Hier liegt also keine ‚Vergeistigung‘ des Besitzes (dagegen die hM seit STROHAL, in JherJb 31, 17); das Faktische ist nicht nur, was körperlich ist: Solche wissenschaftliche ‚Atavismen‘ stören die richtige Betrachtung der Rechtsinstitute.

²⁰⁸ Der unmittelbare Besitz muss allerdings Fremdbesitz sein: Auf Eigenbesitz (§ 872) baut sich kein mittelbarer Besitz mehr auf (so etwa WESTERMANN/GURSKY, § 17 4 a).

²⁰⁹ So WESTERMANN/GURSKY § 17 4 b; ähnlich WOLFF-RAISER § 8 I.

und der mittelbare Besitz ist daher *Folge* dieses Rechtsverhältnisses²¹⁰. Entgegen dieser Auffassung geht die ganze, heutige hM von der **Unabhängigkeit des Besitzmittlungsverhältnis** vom Rechtsverhältnis aus; es genügt, dass das Besitzmittlungsverhältnis ernstlich gewollt ist und dass ein Herausgabeanspruch (nicht nur aus dem Besitzmittlungsverhältnis bzw. Rechtsverhältnis²¹¹, sondern auch etwa aus §§ 812, 667, 985 besteht²¹².

In der Tat setzt der mittelbare Besitz voraus, dass die faktische Gewalt *nicht unmittelbar* ist. Sagt man, dass er *Verhältnis* vom mittelbaren Besitzer zum unmittelbaren voraussetzt, so ‚denkt man sich‘ zwar seine Entstehung, man begreift ihn aber nicht. Es ist deshalb irrig, das Vorhandensein eines *Rechtsverhältnisses* zueinander zu fordern, weil das Verhältnis hier *faktisch* ist. Der mittelbare Besitz ist derjenige, der zumindest bei seiner Entstehung einen Herausgabeanspruch darstellte: Wenn man so argumentiert, deutet man die Rechtswirkungen des Besitzes an, d. h. den Besitz eben genau in dem Sinne von (b), aber nicht i. S. von (a) (reiner Sachzustand)²¹³. Der Sachzustand kann deshalb keinen Anspruch darstellen, weil es sich bei letzterem um einen *Rechtsbegriff* handelt. Es ist auch nicht richtig, durch den Herausgabeanspruch das Besitzmittlungsverhältnis bzw. den mittelbaren Besitz zu begreifen, indem der Rechtsanspruch sich bereits auf der Ebene der Rechtswirkungen befindet: Die Ursache würde hier durch die Folge definiert²¹⁴. § 868 ist also i. V. m. § 854 zu lesen: Daraus darf man demnach schließen, dass die Ableitung des mittelbaren Besitzes nicht aus dem *Rechtsverhältnis*, sondern aus dem *Verhalten* des Besitzmittlers, das die Einwirkung des Oberbesitzers ermöglicht²¹⁵, und somit dass das Besitzmittlungsverhältnis als etwas Faktisches und Selbständiges zu verstehen ist. Wie das Besitzmittlungsverhältnis entsteht, ist gleichgültig, insbesondere kann es auch ohne Vereinbarung kraft Gesetzes entstehen²¹⁶. Wie bereits erwähnt wurde, verlangt die völlig hM²¹⁷ auch einen Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers als Voraussetzung des mittelbaren Besitzes: Diese Bejahung ist aber

²¹⁰ Etwa V. BRUNS, *Besitzerwerb durch Interessenvertreter*, 157; KREB, 200; RGRK/KREGEL § 868 Rn 10; RGZ 105, 414; so aber auch heute etwa Hk-BGB/ECKERT § 868 Rn 3; MÜNCHKOMM/JOOST § 868 Rn 15, der mittelbarer Besitz mit dem Rechtsverhältnis gleichsetzt.

²¹¹ Insbesondere bei der völligen Identifizierung von beiden.

²¹² BGH NJW 1955, 49; WESTERMANN/GURSKY § 17 5 c; WOLFF/RAISER § 8 I 2; WIELING § 6 II 1; PALANDT/BASSENGE § 868 Rn 10; STAUDINGER/BUND, § 868 Rn 16, 23; ferner RGRK/KREGEL § 868 Rn 8. WOLFF-RAISER, § 8 I Fn. 1, lehnt aber einen Anspruch aus § 985 ab; seinerseits leugnet WIELING, § 6 II 3 a, b, einen Herausgabeanspruch als erforderlich. Dazu noch folgendes im Text.

²¹³ Dazu vgl. oben der Text zu Ziff. I.2.

²¹⁴ Zutreffend PONTES DE MIRANDA, X, 96. Es ist aber fraglich, ob auch der Herausgabeanspruch aus dem Deliktsrecht bestehen kann: Dagegen PONTES DE MIRANDA aaO; so auch WOLFF-RAISER § 8 I Fn. 1.

²¹⁵ Zu Recht WESTERMANN/GURSKY aaO.

²¹⁶ Ebd.

²¹⁷ Vgl. oben Fn. 212.

eine Widerspruchsquelle bei der Besitzlehre. Sagt man etwa, die Existenz des mittelbaren Besitzes hänge vom Herausgabeanspruch ab²¹⁸, so ergibt es sich daraus, dass ein Anspruch eine Sachgewalt herstellen kann(!). Wie kann ein *Rechtsanspruch* das wichtigste Kriterium einer *Sachbeziehung*²¹⁹ sein, namentlich des Besitzmittlungsverhältnisses? Bejaht man das, so muss man eine *Identifizierung vom Rechtsverhältnis* und mittelbarem Besitz annehmen. Auch § 870 kann die Voraussetzung eines Anspruchs hierfür nicht begründen: Diese Vorschrift besagt nur, dass die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruch *möglich* ist. Das schließt nicht aus, dass es einen mittelbaren Besitz ohne solchen Anspruch gibt, der auf andere Weise übertragen werden kann, etwa dadurch, dass der mittelbare Besitzer den Besitzmittler anweist, nunmehr einem anderen den Besitz zu vermitteln, und dass der Besitzmittler dem nachkommt²²⁰. „Der *Herausgabeanspruch* ist also keine hinreichende Voraussetzung des mittelbaren Besitzes, es ist offenbar ein anderes Kriterium, das über die Existenz des mittelbaren Besitzes entscheidet: Das *tatsächliche Verhalten* des Besitzmittlers“²²¹. Zahlt etwa ein Mieter nach dem Tod des Vermieters den Mietzins an einen Scheinerben, so wird dieser damit mittelbarer Besitzer. Der wirkliche Erbe hat zwar den Herausgabeanspruch, aber keinen mittelbaren Besitz. Der Scheinerbe hat keinen Herausgabeanspruch, dennoch ist er aufgrund der Sachlage mittelbarer Besitzer²²².

Bezüglich des Besitzmittlungsverhältnisses ist folgendes noch anzumerken: Die Vorschrift des § 868 verlangt zwar ein *Rechtsverhältnis*: „(...) in einem ähnlichen Verhältnisse, vermögen dessen er zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist (...)“; dieses Rechtsverhältnis, *auch* falls es vorhanden ist, muss aber die *tatsächliche Gewalt* des § 854 I implizieren: Hierin liegt der *Grundtatbestand* des Besitzes im BGB. ME ist das ‚ähnliche Verhältnis‘ *entweder* ein *Rechtsverhältnis*, dem ein doch *rechtlich* impliziertes, aber noch tatsächliches Besitzmittlungsverhältnis zugrunde liegt bzw. folgt, *oder nur* ein Besitzmittlungsverhältnis, d. h. *nicht rechtlich* impliziert (§ 868 i. V. m. § 854 I): Der Besitztatbestand des § 854 I impliziert vor allem ein *Verhältnis inter omnes*, folglich auch *inter partes*²²³.

²¹⁸ So z. B. STAUDINGER/BUND aaO.

²¹⁹ Etwa WESTERMANN/GURSKY; WOLFF-RAISER (vgl. oben Fn. 209).

²²⁰ Beispiel bei WIELING § 6 II 3 a.

²²¹ So zu Recht WIELING aaO (*kursiv* von uns).

²²² Beispiel bei WIELING aaO.

²²³ Zutreffend hier der oben zit. Beispiel.

Für alle Besitz verändernden Umstände ist die Gründung des mittelbaren Besitzes auf den *Doppeltatbestand* (unmittelbarer Besitz und Besitzmittlungsverhältnis) zu beachten.²²⁴ Zur Entstehung ist die zeitliche Folge der Bestandteile des Doppeltatbestandes gleichgültig. Begründet der mittelbare Besitzer selbst oder durch einen Vertreter das Besitzmittlungsverhältnis, so liegt darin der Besitzbegründungswille. Nach hM ist der mittelbare Besitz als einer der Fälle zu behandeln, in denen die Sachherrschaft nicht ohne den Willen des Besitzers begründet werden kann²²⁵. Gesetzliche Besitzmittlungsverhältnisse (beispielsweise aus Ehe, elterliche Sorge, Vormundschaft, Geschäftsführung ohne Auftrag) können aber nach derselben hM auch ohne entsprechenden Willen des mittelbaren Besitzers Besitz vermitteln²²⁶. Dies ergibt sich aus der stellvertreterähnlichen Stellung, die der unmittelbare Besitzer in diesen Fällen einnimmt²²⁷.

Der mittelbare Besitz als solcher kann **selbständiger Gegenstand** eines Übertragungsgeschäft sein (§ 870), ohne dass ein etwa daneben bestehendes Recht an der Sache mit übertragen werden muss, ebenso wie der unmittelbare Besitz isoliert übertragen werden kann²²⁸. Solche isolierten Übertragungen des mittelbaren Besitzes sind selten. In der Regel dient die Übertragung des mittelbaren Besitzes der Übertragung (§ 931) oder Belastung (§§ 1032, 1205 II) des Eigentums an beweglichen Sachen.

Die Übertragung erfolgt nach § 870 durch **Abtretung des Herausgabeanspruchs**. Nach BUND²²⁹ müsste diese Übertragung also dadurch zu erreichen sein, dass man das Rechtsverhältnis, das mit dem Besitzmittlungsverhältnis einhergeht, auf einen anderen Oberbesitzer überträgt. Auch BUND gemäß wird ein rechtstechnisch einfacher Weg zur Übertragung des mittelbaren Besitzes geöffnet, indem das BGB nur die Übertragung einzelner Ansprüche kennt, nicht die rechtsgeschäftliche Änderung der Zuordnung ganzer Vertragsverhältnisse²³⁰. ME unterliegt damit die herrschende Konstruktion der ‚vergeistigten Sachherrschaft‘, die auf den Besitzmittlungswillen des unmittelbaren Besitzers gestützt wird: ‚Besitzmittlungswille des unmittelbaren Besitzers, der von der Abtretung nichts weiß‘. Nach

²²⁴ Staat aller vgl. WESTERMANN/GURSKY § 19 I.

²²⁵ Etwa WESTERMANN/GURSKY § 19 I 2; WIELING § 6 II 5; STAUDINGER/BUND § 868 Rn 26.

²²⁶ Dagegen WESTERMANN/GURSKY aaO für die Fälle von Fund und Geschäftsführung ohne Auftrag.

²²⁷ So STAUDINGER/BUND aaO.

²²⁸ WESTERMANN/GURSKY § 19 III 1.

²²⁹ STAUDINGER/BUND § 870 Rn 1.

²³⁰ Ebd. Was also außerordentlich wäre, insbesondere weil hierbei es sich um ein Sachverhältnis, nämlich Besitzmittlungsverhältnis, handelt – vgl. dazu oben EINLEITUNG, Ziff. 20.

WESTERMANN/GURSKY hat der Gesetzgeber in diesem Punkt die Abhängigkeit des mittelbaren Besitzes vom Besitzmittlungswillen nur gelockert²³¹.

Die Vorschrift des § 870 ist i. V. m. der von § 854 I zu lesen: Der mittelbare Besitz als *ius possessionis* (Besitzrecht) kann sowohl übergegangen wie auch übertragen werden, und das System anerkennt diese Möglichkeit als Folge desselben Systems (so §§ 857, 870 BGB). Das Besitzmittlungsverhältnis seinerseits – sei es als Sachverhältnis, sei es als grundlegendes Rechtsverhältnis verstanden – muss wegen der systematischen Unmöglichkeit seiner Übertragung als Ganzes, weil das System (BGB) es für ungeeignet hält, neu begründet werden, indem tatsächlich das Verhältnis hier *neu* ist²³². Dieses Verhältnis muss die tatsächliche Gewalt (§ 854 I als Grundtatbestand) darstellen, welche also *vermittelt* werden muss. Der Besitz als tatsächliche Sachherrschaft, die als der Sachwelt nahe stehende Rechtstatsache (i. e. S.) – *grundlegendes (Rechts-)Verhältnis* – zum Eintritt in das System des BGB (Rechtswelt) gelangt, fällt also im Fall des *mittelbaren* Besitzes mit dem sog. *Besitzmittlungsverhältnis* zusammen. Das **Willensmoment** bei der Bildung des Besitzmittlungsverhältnisses, wenn es auch hierin vorliegt – was sogar zu erwarten ist –, ist für das Gesetz *gleichgültig*, weil das BGB die durch Besitzbegründenden Akt entstandene Besitzlage als *objektiv* ansieht (§§ 868, 854 I)²³³. Deshalb kann das Gesetz bei der Übertragung durch Anspruchsabtretung (§ 870) also von Wissen und Willen des unmittelbaren Besitzers absehen, weil jedenfalls die Beteiligten ein *neues* Besitzmittlungsverhältnis begründen müssen. Dass der Herausgabeanspruch keine hinreichende Voraussetzung des mittelbaren Besitzes ist, und dass allein durch ihn keine Sachgewalt hergestellt werden kann, kann man aus der Fassung des § 870 schließen, indem durch sie es ausgedrückt wird, dass andere Wege, mittelbaren Besitz zu verschaffen, insbesondere die Anweisung an den Besitzmittler, nunmehr einem anderen den Besitz zu mitteln, nicht ausgeschlossen ist. Also die hM selbst erkennt an, dass der Herausgabeanspruch aus dem Besitzmittlungsverhältnis-Rechtsverhältnis nicht bestehen muss. Die erfolgreiche

²³¹ WESTERMANN/GURSKY § 19 III 2.

²³² Dazu vgl. oben EINLEITUNG Ziff. 17 und insb. Ziff. 20.

²³³ Eine alte Gegenmeinung hat auch auf das objektive Rechtsverhältnis abgestellt: Vgl. etwa ROHDE, XXI, 29 ff.; WINDSCHEID/KIPP, 809; LENEL in JherJb 36, 42 ff.; ARAVANTINUS in JherJb 48, 118.

Anweisung kommt also in ihren Wirkungen der Abtretung gleich²³⁴, was sich aus dem hier vertretenen Standpunkt ergibt.

²³⁴ Zur hM vgl.: STAUDINGER/BUND § 870 Rn 13; RGRK/KREGEL § 870 Rn 7; WIELING aaO. Vgl. dagegen - von dessen Ansicht und auch der hM (ausgenommen WIELING) her sogar zutreffend - WESTERMANN/GURSKY § 19 III 4.

II. TEIL. DER BESITZERWERB DURCH HILFSPERSONEN

II.1. DAS GEMEINE (RÖMISCHE) RECHT

Eine Umschau im römischen und gemeinen Recht ist für die hier zu behandelnde Frage in erster Linie von historischem und Rechtsvergleichendem Interesse, „da die Lösungen der römischen Juristen für uns keine unmittelbar praktische Bedeutung oder Verwendbarkeit mehr haben“²³⁵.

Das römische Recht, das bei Abgabe von Willenserklärungen keine Stellvertretung kannte, ließ dagegen beim Besitzerwerb eine Vertretung zu, d. h. die tatsächliche Gewalt, die der Vertreter ausübte, wurde dem Vertretenen zugerechnet. Infolge der eigentümlichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Gestaltung der römischen Familie und der Statuslehre fiel ursprünglich aller durch **Gewaltunterworfenen**, Hauskinder, Sklaven erlangter Erwerb unmittelbar in das Eigentum des Herrn²³⁶, und zwar mit Rechtsnotwendigkeit, da Gewaltunterworfenen grundsätzlich nicht für sich selbst erwerben konnten. Insofern sind sie keineswegs als Vertreter, sondern bloß als Werkzeuge, Gehilfen des Familienhauptes zu betrachten²³⁷.

Durch **Gewaltfreie** kann der Besitz in der hochklassischen Zeit nur in wenigen Ausnahmefällen erworben werden²³⁸: durch den freien Vermögensverwalter (*procurator*) und offenbar auch durch den Vormund (*tutor*). Möglicherweise haben schon einzelne Spätklassiker diesen Gedanken verallgemeinert; JUSTINIAN hat das übernommen²³⁹.

Für die *Gewaltunterworfenen*²⁴⁰ hat sich offenbar schon früh die Auffassung durchgesetzt, dass sie dem Gewalthaber den Besitz erwerben können²⁴¹, aber nur entweder mit seinem Wissen

²³⁵ RÜMELIN in AcP 93, 249.

²³⁶ Gai Inst. 2, 90 (Zit. nach KASER I, 393 Fn. 27).

²³⁷ WINDSCHEID/KIPP § 73 Fn. 6-9, § 155 Fn. 4; DERNBURG/SOKOLOWSKI § 106, 211; V. BRUNS, 12-13.

²³⁸ KASER I § 95, 4.

²³⁹ Inst. 2, 9, 5 (Zit. nach KASER aaO, Fn. 35).

²⁴⁰ Ebd.

²⁴¹ Paul. D. 41, 3, 47; 41, 4, 2, 11.

(und seiner Billigung) oder zugunsten ihres *peculium*²⁴². Diese Lehre wird in der älteren Klassik darauf gestützt, dass der Gewaltunterworfenen selbst im Besitz des Gewalthabers steht²⁴³. Der Gewalthaber erwirbt den Besitz durch den Unterworfenen als sein belebtes Werkzeug²⁴⁴. Folgerichtig verlangt man den *animus* regelmäßig vom Gewalthaber und nur im Fall des Pekuliarerwerbs, der auf eine generelle Duldung des Gewalthabers gestützt wird²⁴⁵, vom Unterworfenen²⁴⁶. Dagegen beruht der Besitzerwerb durch den *servus fugitivus* wohl auf dem Gedanken der fortbestehenden Zugehörigkeit des Sklaven zur Wirtschaftseinheit seines Herrn²⁴⁷.

Beim *Prokurator* erklärt sich der Besitzerwerb aus dem tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnis dieses Vermögensverwalters, der in älterer Zeit regelmäßig ein Freigelassener des Geschäftsherrn war²⁴⁸; beim Tutor²⁴⁹ aus seiner Treuhänderstellung.

Die Zulässigkeit des Besitzerwerbs durch **Gewaltfreie** (*per liberam personam*) ist ein Produkt der allmählichen Fortentwicklung des klassischen Rechts; sie erreichte ihren Gipfelpunkt mit der Justinianischen Rechtssammlung²⁵⁰. Das gemeine Recht hat den Besitzerwerb durch Dritte grundsätzlich anerkannt.

Nach gemeinrechtlicher **hM** geht aus dem **Besitzvermittlungsgeschäft** (Tradition) als Besitzer hervor, wen die dabei tätigen Personen zum Besitzer machen *wollen* (**Willenstheorie**)²⁵¹. Man hat in seiner tatsächlichen Gewalt auch dasjenige, was ein anderer in seiner tatsächlichen Gewalt hat, vorausgesetzt dass dieser des Willens ist, es nicht für sich, sondern für den Ersteren und seinerseits der Ersterer für sich selbst zu haben²⁵². Fehlt es dem Willen des Inhabers der tatsächlichen Gewalt, die Sache für den Andern zu haben, so wird der

²⁴² Es handelt sich um ein Sondergut, das der Hausvater aus seinem Vermögen abzweigt und dem Haussohn oder auch einem Sklaven auf Widerruf zu freier Bewirtschaftung überlässt.

²⁴³ Proc.-Pomp. D. 41, 1, 21 pr.; Paul. D. 41, 2, 1, 15.

²⁴⁴ Cels. D. 41, 2, 18 pr. *alium possessorem ministerio meo facio*. Doch wird natürliche Willensfähigkeit verlangt – vgl. dazu Paul. D. 41, 2, 1, 9 f.

²⁴⁵ Paul. D. 41, 2, 1, 5 *quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus*.

²⁴⁶ Ebd.; ebd. 41, 2, 3, 12; ebd. 41, 4, 2, 12.

²⁴⁷ Das war kontrovers unter den Klassikern.

²⁴⁸ KASER aaO. Etwa Ner. D. 41, 3, 41 (*iam fere conveniat*); Ulp. D. 41, 2, 42, 1.

²⁴⁹ Etwa Ner. D. 41, 1, 13, 1; Ulp. D. 6, 2, 7, 10; Paul. D. 41, 2, 1, 20.

²⁵⁰ KASER aaO; WINDSCHEID/KIPP § 155 Fn. 1, § 73 Fn. 10, 11; DERNBURG/SOKOLOWSKI §§ 106 Ziff. 2, 147 Ziff. 4; V. BRUNS, 18; ROHDE XIX, 2 ff. Dagegen vgl. SCHLOSSMANN, Der Besitzerwerb durch Dritte, Leipzig 1881, 49 ff.

²⁵¹ Statt aller vgl. WINDSCHEID/KIPP § 155 1 a; ähnlicherweise vgl. ROHDE XIX, 16-17, 31 ff.

²⁵² Paul. D. 41, 2, 3, 12: „animo nostro, corpore etiam alieno possidemos“.

andere nicht Besitzer²⁵³; daher kann durch eine *willensunfähige* Person für einen andern Besitz *nicht* erworben werden²⁵⁴.

Ob dieser Wille vorhanden ist oder nicht, ist eine faktische Frage, welche im einzelnen Fall betrachtet werden muss. Nach WINDSCHEID ist hervorzuheben²⁵⁵:

„(1) dass, wer infolge des Auftrags eines andern die tatsächliche Herrschaft über eine Sache erlangt, nicht notwendigerweise den Willen zu haben braucht, die Sache für den andern zu besitzen, sondern dass sein Wille auch darauf gerichtet sein kann, zunächst für sich Besitz zu erwerben und erst hinterher den andern zum Besitzer zu machen; (2) dass, wer eine Sache mit dem Auftrag übernimmt, sie an einen andern abzuliefern, im Zweifel nicht für diesen andern besitzen will, sondern für den Auftraggeber. (3) Bei der Tradition ist entscheidend für die Willensrichtung des Empfängers die Erklärung des Tradenten, in dem Sinne, dass, wenn der Empfänger gegen dieselbe keinen Widerspruch einlegt, obgleich er sich eben dadurch diesen Inhalt aneignet, und ein etwa bei ihm vorhandener gegenteiliger Wille, weil nicht geäußert, nicht in Betracht kommt“.

„Der Wille, die Sache für einen andern zu haben, braucht nicht sogleich von Anfang an vorhanden zu sein; er kann auch hinterher gefasst werden, nachdem der Inhaber bis dahin für sich (oder für einen Dritten) hat besitzen wollen (**Besitzkonstitut**)“²⁵⁶.

Im Gegensatz zur Willenstheorie stellt eine Gegenmeinung für den Besitzerwerb durch Stellvertreter auf die *causa* ab (**Kausalitätstheorie**)²⁵⁷. Laut LENEL zu D. 41, 2, 1, 20²⁵⁸, „obwohl hierin der Wille des Vertreters zwar entscheidend ist, handelt es sich aber nur um eine theoretische Konstruktion, welche den römischen Einzelentscheidungen gegenüber nicht ins Gewicht fallen kann, weil die Richtung des Willens des Vertreters nicht zu ermitteln

²⁵³ D. 41, 2, 1, 20: „Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere“.

²⁵⁴ WINDSCHEID/KIPP aaO.

²⁵⁵ Ebd., 772-773.

²⁵⁶ WINDSCHEID/KIPP, 774, 777; so auch SAVIGNY § 27; RANDA, § 20. Diese Konstitutstheorie begegnete besonders häufig bei gerichtlichen Entscheidungen - etwa RGZ 30, 142 (vgl. dazu REGELBERGER, in JherJb 44, 406).

²⁵⁷ So LENEL, in JherJb 36, 42 ff – dessen Meinung folgt ausdrücklich REGELBERGER, in JherJb 44, 393 ff., 404.

²⁵⁸ Vgl. oben zu Fn. 253.

ist“²⁵⁹, und weil, „selbst wenn das der Fall wäre, die Rechtsordnung verständiger- und erträglicher Weise danach über Besitz (und Eigentum) nicht entscheiden könnte“²⁶⁰. „Entscheidend ist vielmehr die durch die *causa* des Besitzererwerbs objektiv bezeichnete typische Interessenlage“²⁶¹. „Aus dem Grundgeschäft ergibt sich nicht nur die Art des Besitzes (*possessio* oder *Detention*, *Eigenbesitz* usw.), sondern auch die Person des Erwerbers“²⁶². „Bildete die Besitzübertragung die Ausführung eines obligatorischen Erwerbsgeschäfts, etwa eines Kaufs, so wurde durch die Übergabe der Sache Besitzer, wer aus dem Grundgeschäft zur Forderung der Übergabe berechtigt war (der Käufer), oder wen dieser zum Empfang zu Eigenerwerb angewiesen hatte“²⁶³. Da das Kausalverhältnis hier nur als Wegweiser zur Person des Besitzererwerbers in Betracht kommt, so leistet es diesen Dienst auch dann, wenn es rechtsungültig ist oder irrig vorausgesetzt wurde.

Bezüglich der letzten genannten Lehre räumt KIPP²⁶⁴ ein,

dass die Frage, auf wen aus einem Traditionsgeschäft Besitz und Eigentum übergehe, durch die *causa* der Leistung beeinflusst werde, und zwar wegen des zwischen Tradition und *causa* obwaltenden Verhältnisses von Zweck und Mittel. Es sei also im Allgemeinen richtig, dass der Vertretene unmittelbar Besitz und Eigentum erwerbe, wenn zur Erfüllung einer für ihn begründeten Forderung seinem Vertreter tradiert wird. Und umgekehrt gehe normalerweise Besitz wie Eigentum auf den Vertreter über, wenn die Tradition zur Erfüllung einer Forderung erfolgt, in der er der Gläubiger ist. Aber das eine wie das andere sei nur der regelmäßige Gang. Tradent und Empfänger könnten verabreden im ersteren Fall, dass der Empfänger und Vertreter selbst Besitzer werde, und im zweiten, dass der Dritte unmittelbar Besitz erwerbe, in dessen Interesse (aber nicht Namen) sich der Empfänger die Sache versprechen ließ.

Die Kausaltheorie LENELs vermag, wenigstens im gemeinen Recht, das direkte Stellvertretung unbeschränkt zulässt, den Willen des Mittlers ebenfalls nicht zu eliminieren: Er hat es in der

²⁵⁹ LENEL, aaO, 46 f.

²⁶⁰ Ebd., 50 f.

²⁶¹ Ebd., 58, 67, 68 ff.

²⁶² REGELSBERGER aaO, 402.

²⁶³ Ebd. So etwa Ulp. D. 39, 5, 13 donat.

²⁶⁴ Zu WINDSCHEID aaO, 775, Fn. 7 a.

Hand, als direkter oder indirekter Vertreter, im fremden oder eigenen Namen, die Kausalbeziehung zu knüpfen, von der dann der direkte oder indirekte Erwerb des Herrn abhängt.

Viktor BRUNS sucht mit Recht zu einer einheitlichen Lehre zu erweitern²⁶⁵:

Das Kausalgeschäft, auf Grund dessen die Tradition erfolge, sei so wenig das stets ausschlaggebende Moment, wie der bloße, innere Wille. Die Wahrheit liege in der Mitte. Nur eine Verbindung des richtigen Kerns der Willens- und der Kausaltheorie also könne zum Ziele führen. Der geäußerte Wille des Mittlers sei von maßgebendem Einfluss. Als Äußerung dürfe freilich nicht eine ausdrückliche Erklärung des *alieno nomine agere* dem Vertragskontrahenten gegenüber gefordert werden²⁶⁶. Und weiter könne es sich nicht um Feststellung des unerforschlichen inneren Willens handeln; vielmehr sei auf den *ausdrücklich ausgesprochenen oder in den Kausalverhältnissen objektivierten Willen* abzustellen. Weiter sei der Konsensnatur der Tradition Rechnung zu tragen und auf den ausdrücklichen oder doch in dem Kausalgeschäft und der Interessenlage objektiv hervortretenden Willen des Tradenten Rücksicht zu nehmen. *Sofern aber der objektive Sinn des der Tradition zugrunde liegenden Kausalgeschäfts nicht eine bestimmte Person als Erwerber bezeichne, entscheide die Kausalbeziehung des Mittlers zu seinem Herrn.* Der Mittler stehe eben zwischen zwei Parteien, in zwei Kausalbeziehungen, die beide Berücksichtigung erheischen; es sei willkürlich, der einen Kausalbeziehung auf Kosten der anderen den Vorzug zu geben. Welche den Ausschlag gebe, sei im einzelnen Fall auf Grund einer Prüfung des objektiven Sinnes der Traditionserklärungen nach der oben entwickelten Regel festzustellen.

Für das römische Recht sind diese Bemerkungen über den Charakter des Besitzererwerbs durch Dritte freilich nicht von Bedeutung, da ihm eine *wahre* Stellvertretung *fremd* blieb, wohl aber für das gemeine Recht: Denn hier begann man die allgemeinen Regeln, die man für den

²⁶⁵ V. BRUNS aaO, 29, 31, 32-33.

²⁶⁶ Davon reden die Quellen nicht - vgl. dazu LENEL aaO, 87 ff.; REGELSBERGER aaO, 401.

Begriff der Stellvertretung als solcher gefunden zu haben glaubte, sofort auch auf die Besitzvertretung anzuwenden. Das war V. BRUNS gemäß ein folgenschwerer Irrtum, denn wahre Stellvertretung gebe es eben im Besitzerwerb nicht²⁶⁷.

²⁶⁷ V. BRUNS aaO, 34.

II.2. DAS BGB

Unter den Begriff **Hilfsperson** werden hier die Fälle des **Besitzererwerbs** durch **Besitzdiener** und **Stellvertreter** behandelt.

II.2.1. Der Besitzdiener

Zur Abgrenzung des Besitzes von der besitzschutzlosen Inhabung machte sich die 2. Kommission des Entwurfes des BGB den Vorschlag des preußischen Justizministers mit einigen unwesentlichen Änderungen zu eigene (§§ 778 E II, 855 BGB):

„Uebt Jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dem Haushalte, dem landwirtschaftlichen Betriebe, dem Erwerbsgeschäfte desselben oder in einem ähnlichen Abhängigkeitsverhältnisse aus, so gilt nur dieser Andere als Besitzer“²⁶⁸.

Die 2. Kommission wollte durch diese „zur Ergänzung und Erklärung“ des § 797 E I (§ 854 BGB) neu beschlossene Bestimmung den 1. Entwurf weniger abändern als vielmehr wegen der scharfen Kritik an diesem klarstellen, dass in den Fällen, in denen jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache in einem Abhängigkeitsverhältnis nicht für sich, sondern für einen anderen ausübt, etwa der Dienstbote an den Sachen seiner Herrschaft, nur dieser andere als Besitzer angesehen werden kann. Besonderes Kennzeichen dieses Verhältnisses sollte es sein, dass dem, der den Besitz für einen anderen ausübte, kein zivilrechtlicher Anspruch, insbesondere kein Zurückbehaltungsrecht, wegen der Sachen gegen den Besitzherrn zustand²⁶⁹.

In der Tat, wie WESTERMANN/GURSKY ausführen²⁷⁰,

besonders seit der modernen Wirtschaftsentwicklung mit ihren Großbetrieben, bestehe ein soziales Bedürfnis, **das Handeln für einen anderen** *rechtlich* anzuerkennen. Für das Gebiet der

²⁶⁸ Zit. nach W. SCHUBERT, Die Entstehung, 78.

²⁶⁹ PROTOKOLLE, 30-31.

²⁷⁰ WESTERMANN/GURSKY § 10 I 1; WESTERMANN in JuS 1961, 80 (I. 2.).

Willenserklärungen sei dafür die Stellvertretung entwickelt. Im Besitzrecht seien infolge seiner grundsätzlich Abstellung auf das Tatsächliche die §§ 164 ff BGB nicht anwendbar. Dass es eines Ersatzes bedürfe, liege auf der Hand. Es müsse einfach eine Möglichkeit geben, das Handeln der in abhängiger Stellung Tätigen dem ‚Geschäftsherrn‘ zuzurechnen: Der Inhaber eines größeren Unternehmens sei nun einmal nicht in der Lage, persönlich die Sachherrschaft über die zahllosen Sachen auszuüben, die in seinem Betrieb verwendet werden. Er könne insbesondere nicht in eigener Person den Besitz an all der Waren und Rohstoffen und Maschinen entgegennehmen, die sein Unternehmen ankaufe, und genauso wenig könne er die zur Weiterveräußerung der Produkte des Betriebes erforderlichen Besitzübertragungen (vgl. § 929 S. 1 BGB) alle eigenhändig vollziehen. Die Besitzdienerschaft sei die besitzrechtliche Form des ‚Handelns für andere‘, das als einheitliches Rechtsinstitut begriffen werden kann.

Die **Voraussetzungen** der Besitzdienenstellung ergeben sich aus § 855 BGB: Bloßer Besitzdiener ist, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder im Rahmen eines ähnlichen Verhältnisses ausübt, aufgrund dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat.

Die **Merkmale** des **Besitzdienerverhältnisses** ergeben sich aus dem Wesen des Besitzes als tatsächlicher Sachherrschaft (§ 854 I): Die durch das Verhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener geschaffene Beziehung des Besitzherrn zur Sache muss ihm die Sachherrschaft vermitteln; sie kann folglich ihrerseits nur ein Herrschaftsverhältnis sein²⁷¹. Die hM spricht hier von einem **sozialen Abhängigkeitsverhältnis** zwischen dem Besitzdiener und dem Besitzherrn, aufgrund dessen der erstere bei der Ausübung der tatsächlichen Gewalt den *Weisungen* des letzteren unterworfen ist²⁷². HECK²⁷³ spricht von „totaler Abhängigkeit“, und

²⁷¹ WESTERMANN/GURSKY § 10 II 1.

²⁷² RGZ 71, 251; BGHZ 16, 259; BGHZ 27, 363; WESTERMANN/GURSKY aaO; STAUDINGER/BUND § 855 Rn 4; SOERGEL/MÜHL § 855 Rn 3; RGRK/KREGEL § 855 Rn 5, PALANDT/BASSENGE § 855 Rn 1.

²⁷³ HECK aaO, § 7, 3.

WOLFF-RAISER²⁷⁴ von einem sozialrechtlichen Über- und Unterordnungsverhältnis, dessen Struktur durch Befehl und Gehorsam bestimmt werde.

Durch das Über- und Unterordnungsverhältnis unterscheidet sich die Konstellation des § 855 von der des § 868, also dem Nebeneinander von unmittelbarem und mittelbarem Besitzer, etwa Entleiher und Verleiher einer Sache. Im letzteren Fall handelt es sich um ein Lebensverhältnis, das das Recht des unmittelbaren Besitzes schwächer erscheinen lässt als das des mittelbaren Besitzers, das aber doch auf persönlicher Gleichberechtigung bei sachlicher Verschiedenheit der Rechtsstellung beruht, während sich bei § 855 die persönliche Unterordnung des Gewaltausübenden auf die Beziehung zur Sache überträgt: Der Entleiher ist nur schuldrechtlich gebunden, mit der Sache in bestimmter Weise zu verfahren, der Angestellte des Besitzers dagegen bei der Ausübung der tatsächlichen Gewalt total von den Entschlüssen des letzteren abhängig. Um mit WOLFF-RAISER zu stimmen²⁷⁵, bei § 855 geht es um „Befehl und Gehorsam“, bei § 866 dagegen um „Forderung und Verpflichtung“.

Die soziale Abhängigkeit äußert sich am sinnfälligsten, wenn der Besitzdiener und die betreffende Sache in eine Organisation eingeordnet sind. Als Beispiele zählt § 855 das Erwerbsgeschäft und den Haushalt auf. Sonst kommen in Betracht: öffentliche Anstalt, Post, Bahn, Krankenhäuser, Polizei. Erforderlich ist diese organisatorische Einordnung aber nicht, auch der Gepäckträger ist Besitzdiener²⁷⁶.

Andererseits genügt aber auch **nicht** eine nur *wirtschaftliche Abhängigkeit*; so wird der Inhaber eines stark verschuldeten landwirtschaftlichen Betriebes, dessen Gläubiger nicht nur die Kosten Feldbewirtschaftung trägt, sondern ihm sogar noch Geld für den Lebensunterhalt gibt, nicht notwendig zum Besitzdiener, sofern er nur den Betrieb nach wie vor selbst führt²⁷⁷. Ob ein soziales Abhängigkeitsverhältnis gegeben ist, bestimmt sich vielmehr nach der Verkehrsanschauung²⁷⁸.

Das Besitzdienerverhältnis braucht nicht auf *Dauer* angelegt zu sein²⁷⁹ und kann, wie im Fall des angestellten Handelsreisenden bezüglich seines Musterkoffers, auch bei *erheblicher*

²⁷⁴ WOLFF-RAISER aaO, § 6 III.

²⁷⁵ Ebd.

²⁷⁶ WESTERMANN/GURSKY aaO.

²⁷⁷ BGHZ 27, 360, 363.

²⁷⁸ SOERGEL/MÜHL aaO; ähnlicherweise vgl. WIELING § 4 IV 1 a, der aber zum alleinigen Kriterium die Verkehrsanschauung macht, die eine Unterordnung des Besitzdieners erwarten lasse.

²⁷⁹ RG in JW 1908, 527.

Entfernung vom Besitzherrn bestehen²⁸⁰. Der Besitzdiener hört nicht auf, ein solcher zu sein, wenn er den räumlich-organisatorischen Bereich des Besitzherrn verlässt.

Die Kennzeichnung des Besitzdienerverhältnisses als soziale Abhängigkeit bestreitet MÜLLER-ERZBACH, und führt aus²⁸¹: „Weisungsgebundenheit liegt auch bei § 868 BGB vor; unterscheidend ist allein die *Fremdnützigkeit* der Besitzausübung in § 855, die Verschmelzung der Interessen von Ober- und Unterbesitzer in § 868“. Entsprechend sieht MÜLLER-ERZBACH in der Stellungnahme zu RGZ 72, 285 Gefahrtragung und Besitzdienerstellung als unvereinbar an, auch soll der Eigentümer grundsätzlich nicht Besitzdiener sein können²⁸².

WESTERMANN/GURSKY führen gegen die ‚Fremdnützigkeitstheorie‘ aus,

dass es für das Besitzrecht nicht auf das ‚Warum‘ der Sachbeziehung, sondern auf das ‚Wie‘ ankomme. Wo Abhängigkeit des Gewaltausübenden ersichtlich sei, die eine Herrschaft des Übergeordneten darstelle, sei vom Verkehrsstandpunkt aus und folglich rechtlich die Sachgewalt beim Besitzherrn. So werde auch niemand den Unterscheid der Sachbeziehung in folgenden Fällen leugnen: ein im Akkord arbeitender Former in einer Gießerei, der dem Betriebsinhaber gehöriges Werkzeug in der Hand habe (Eigeninteresse wegen der Abhängigkeit des Lohnes vom Erfolg der Arbeit), und der Entleiher eines Buches (ganz zu schweigen vom ohne Eigeninteresse handelnden unentgeltlichen Verwahrer)²⁸³.

MÜNCHKOMM/JOOST verzichtet sogar ganz auf die Fremdnützigkeit als Kriterium des Besitzdienerverhältnisses, weil der Interessebegriff zu vieldeutig sei²⁸⁴.

Nach STAUDINGER/BUND liege die zutreffende Auffassung in der Mitte. Es gebe Fälle, in denen das Merkmal der Weisungsabhängigkeit schwach ausgeprägt sei, andere, in denen ausschließliche Fremdnützigkeit nicht vorliege, und trotzdem die

²⁸⁰ RGZ 71, 248, 251.

²⁸¹ In AcP 142, 5.

²⁸² Vgl. RGZ 55, 166.

²⁸³ WESTERMANN/GURSKY aaO.

²⁸⁴ MÜNCHKOMM/JOOST § 855 Rn 6.

Sachherrschaft als Dienergewahrsam zu werten sei. Die beiden Kriterien ergänzen sich in der normativen Betrachtung. Das vom Besitzdiener zu wahrende Fremdinteresse müsse jedenfalls dann, wenn die Weisungsabhängigkeit nicht ganz deutlich sei, ein überwiegendes und werde meist auch ein vermögensrechtliches sein. Das Reichsgericht habe im Falle eines Weisungsunterworfenen Eigentümers – nämlich Gendarm bezüglich des Dienstpferdes²⁸⁵ - Dienergewahrsam verneint.²⁸⁶

Nach ENDERS handelt es sich bei dem Besitzdiener vielmehr um einen **Typusbegriff**: Ein derartiger Begriff sei *offen* und deshalb nicht auf eine bestimmte Anzahl von Merkmalen festgelegt; diese Merkmale müssen auch nicht in einem bestimmten Maß vorliegen²⁸⁷. Nach ENDERS können die beiden Hauptkriterien - Weisungsgebundenheit und soziale Abhängigkeit - und ihre jeweilige Konkretisierungen zwar in einigen Fällen die Eigenschaft einer Hilfsperson als Besitzdiener begründen, aber nicht in allen. Immer wieder gibt es Ausnahmen, die gerade mit dem jeweils abgehandelten Kriterium nicht erklärt werden können. Andere Kriterien, wie z. B. eigenes wirtschaftliches Interesse²⁸⁸ und Tragen der Untergangsgefahr²⁸⁹, lassen sich auch miteinander kombinieren: „Ein solches Vorgehen ist bei Typusbegriffen möglich“²⁹⁰. Demzufolge ist die Entscheidung, ob jemand Besitzdiener ist, oder nicht, eine Frage des Einzelfalles: „Sie ist anhand unterschiedlicher Kriterien unter Einbeziehung der Rechtsfolgenseite zu entscheiden und lässt sich nicht generell anhand eines einzelnen Kriteriums wie der Weisungsgebundenheit der Hilfsperson oder ihrer sozialen Stellung bestimmen“²⁹¹.

„Trotz eines sozialen Rahmenverhältnisses, das den Besitzdiener verpflichtet, den Weisungen des Besitzherrn bezüglich der Sache zu gehorchen, wird das Besitzdienerverhältnis beendet und unmittelbarer Besitz begründet, sobald der bisherige Besitzdiener sich entschließt, die Sache in Eigenbesitz (§ 872 BGB) zu nehmen und diesen Entschluss betätigt. Hierin zeigt sich, dass die Weisungsabhängigkeit

²⁸⁵ RGZ 55, 163, 166.

²⁸⁶ STAUDINGER/BUND § 855 Rn 12.

²⁸⁷ ENDERS, Der Besitzdiener – Ein Typusbegriff, 29-34, 42 ff, 46.

²⁸⁸ MÜLLER-ERZBACH aaO.

²⁸⁹ Etwa RGRK/KREGEL § 855 Rn 5.

²⁹⁰ ENDERS, 49.

²⁹¹ ENDERS, 61.

mit einer *inneren Einstellung* des Besitzdieners einherzugehen pflegt, die Sachherrschaft im Interesse des Besitzherrn und seinen Weisungen gehorchend ausüben zu wollen“²⁹².

Diesen Gesichtspunkt heben JOOST²⁹³ und WIELING²⁹⁴ hervor. „Er bedeutet aber nicht, dass ein besonderer Besitzdienerwille als Voraussetzung des Dienergewahrsams festgestellt werden müsste“²⁹⁵. Maßgebend ist vielmehr die objektive Lage, nicht die subjektive Einstellung²⁹⁶.

Nach JOOST ist die hM nicht zutreffend²⁹⁷, weil es keinen Besitz ohne Besitzwillen gebe, und demzufolge könne man die tatsächliche Gewalt nicht für einen anderen ausüben, wenn man dies nicht wolle. Anknüpfungspunkt für ein solches Tatbestandsmerkmal (Besitzdienerwillen) könnte die Formulierung „für einen anderen“ aus § 855 sein. Allerdings ist umstritten, ob dem „für einen anderen“ eine solche subjektive Bedeutung zukommt. Zum Teil wird das „für einen anderen“ objektiv verstanden²⁹⁸. Dann dient diese Formulierung als Anknüpfungspunkt für das Kriterium des eigenen Interesses an der Sache, das ein Kriterium für das Verhältnis im Sinne des § 855 ist, und hat keine weitergehende Bedeutung.

Ob das „für einen anderen“ bei § 855 subjektiv gemeint ist, und auf ein weiteres Tatbestandsmerkmal – nämlich den Besitzdienerwillen - hinweist, nach ENDERS soll nicht abstrakt erörtert werden: Vielmehr sollen Fallkonstellationen diskutiert werden, in denen ein Besitzdienerwille von Bedeutung sein könne²⁹⁹.

Mit JOOST und ENDERS ist aber nicht zu übereinstimmen: Das Besitzdienerverhältnis nach § 855 ist i. V. m. der Regel des § 854 I **rein sachlich** zu verstehen³⁰⁰. Das Gesetz hat also - wie bereits ausführlich ausgeführt wurde - von einem hypothetischen Willensmoment bei den besitzrechtlichen Lagen – und der Dienergewahrsam ist so zu verstehen - ganz abgesehen.

²⁹² STAUDINGER/BUND § 855 Rn 9.

²⁹³ JOOST zu MÜNCHKOMM § 855 Rn 13.

²⁹⁴ WIELING aaO, § 4 IV 1 a aa.

²⁹⁵ Zutreffend STAUDINGER/BUND aaO.

²⁹⁶ Zu Recht die hM: etwa BGHZ 8, 130; WESTERMANN/GURSKY § 10 II 2; HOCHÉ in JuS 1961, 74; RGRK/KREGEL § 855 Rn 2; SOERGEL/MÜHL § 855 Rn 4; PALANDT/BASSENGE § 855 Rn 2. Außer JOOST und WIELING (vgl. oben zu Fn. 293 u. 294) sind ebenso von aM: V. BRUNS, aaO, 149; KREß, aaO, 166; LAST, in JherJb 63, 117.

²⁹⁷ JOOST zu MÜNCHKOMM aaO; im wesentlich ebenso ablehnend vgl. ENDERS, 76-77.

²⁹⁸ So HECK, § 7 Nr. 2; MÜLLER-ERZBACH, 21.

²⁹⁹ ENDERS, 77.

³⁰⁰ Ganz zutreffend PALANDT/BASSENGE aaO.

Sehr häufig wird das Abhängigkeitsverhältnis Folge eines zwischen dem Besitzdiener und Besitzern bestehenden **Rechtsverhältnisses** sein, das sich auf die Sache bezieht; erforderlich ist das **nicht**: „das Kind, die im Geschäft des Mannes tätige Ehefrau, der Betriebsangehörige bei ungültigem Angestelltenverhältnis sind Besitzdiener“³⁰¹. „Maßgebend ist, wie immer im Recht des unmittelbaren Besitzes, die **tatsächliche Unterordnung**, nicht die Art ihrer rechtlichen Begründung“³⁰². Für die Zuordnung des Besitzes gem. § 854 I ist die tatsächliche Herrschaft maßgeblich; deshalb ist trotz des Fehlens eines zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrages die Stellung des Geschäftsherrn nicht anders, als wenn das grundlegende Rechtsverhältnis bestünde.

Auf das **Recht an der Sache** kommt es nicht an, so dass es **gleichgültig** ist, ob der Herr die Sache mit oder ohne Recht besitzt. Auch bezüglich eigener Sachen kann Besitzdienerstellung bestehen: Ein Kind kann beispielsweise im Hinblick auf die ihm selbst gehörenden Sachen Besitzdiener des Inhabers der elterlichen Gewalt sein, soweit es im Umgang mit eigenen Sachen elterlichen Weisungen zu gehorchen hat³⁰³.

Die Rechtsprechung verlangt, dass die Weisungsunterworfenheit des Besitzdieners, also das Besitzdienerverhältnis nach außen **erkennbar** sei³⁰⁴. Die ständige Erkennbarkeit des Besitzdienerverhältnisses ist aber nach hL nicht erforderlich³⁰⁵. „Wo aber die Neubegründung des Verhältnisses Übergabe bei Verfügungsgeschäften sein soll, muss erkennbar gemacht werden, dass der Besitzdiener die Sache für den Geschäftsherrn übernimmt“³⁰⁶: Ein Angestellter des Verpfänders soll beispielsweise als Besitzdiener des Pfandgläubigers die Schlüssel zu dem die Pfandsachen aufnehmenden Lagerraum erhalten. Hier muss der Wechsel des Unterordnungsverhältnisses erkennbar gemacht werden³⁰⁷.

Rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis und **Besitzdienerstellung** schließen sich nicht aus³⁰⁸, werden im Gegenteil häufig zusammenfallen - beispielsweise ist der Filialleiter mit Vertretungsmacht Besitzdiener. § 855 BGB hat ein weites Anwendungsgebiet: Die

³⁰¹ STAUDINGER/BUND § 855 Rn 20.

³⁰² WESTERMANN/GURSKY § 10 II 3.

³⁰³ v. TUHR II 1, 362; WOLFF-RAISER § 6 III 4; WESTERMANN/GURSKY § 10 II 4; STAUDINGER/BUND § 855 Rn 20.

³⁰⁴ RGZ 77, 201, 209; BGHZ 27, 360, 362. Dieser Rechtsprechung folgen etwa: SOERGEL/MÜHL § 855 Rn 3; RGRK/KREGEL § 855 Rn 5.

³⁰⁵ Etwa WESTERMANN/GURSKY § 10 II 4; STAUDINGER/BUND § 855 Rn 15; MÜNCHKOMM/JOOST § 855 Rn 10; BAUR/STÜRNER § 7 c I 3; WOLFF-RAISER § 6 III 3; WIELING § 4 IV 1 a cc; ENDERS, 143.

³⁰⁶ Zutreffend WESTERMANN/GURSKY aaO; ebenso STAUDINGER/BUND aaO.

³⁰⁷ RGZ 77, 209.

³⁰⁸ RGZ 71, 252; RGZ 99, 209.

Hausgehilfin, die im Haushalt oder Geschäft tätigen Kinder, die Angestellten im kaufmännischen oder landwirtschaftlichen Unternehmen, die Arbeiter einer Fabrik sind Besitzdiener, ebenso Beamte im Hinblick auf die ihnen zur Ausübung ihres Dienstes überlassenen Sachen, Angestellte von Forschungseinrichtungen, Bibliotheken, aber auch von Verbänden, Parteien und Organisationen aller Art. Das gilt auch für Angestellte oder Beamte in leitenden Positionen, die über einen erheblichen eigenen Entscheidungsspielraum verfügen: Besitzdiener ist beispielsweise auch der Leiter einer Bankfiliale, die Aktien für die Zentrale verwahrt³⁰⁹ oder der beamtete Direktor einer Universitätsbibliothek³¹⁰.

Das BGB gedenkt des Besitzdieners nur in zwei Vorschriften: § 855, der zugleich die Begriffsbestimmung enthält, und § 860 (Verteidigungsrecht des Besitzdieners gegen verbotene Eigenmacht). Ob und wie sich ein Besitzerwerb durch einen Besitzdiener vollziehen kann, regelt das BGB ebenso wenig wie einen sonstigen Besitzerwerb durch einen Mittelsmann. „§ 855 handelt seinem Wortlaut nach nur von der Ausübung eines bereits bestehenden Besitzes durch Besitzdiener. Es ist aber seit jeher anerkannt, dass die Vorschrift **auch für den Besitzerwerb** gelten muss“³¹¹.

II.2.1.A. Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch Besitzdiener

Stellvertretung im Besitz ist ausgeschlossen, da der Besitz ein tatsächliches Verhältnis ist. Stellvertretung ist aber nur bei Willenserklärungen möglich (§ 164 I BGB). Daher kann unmittelbarer Besitz nicht durch einen Stellvertreter erworben werden, wenn der Erwerb durch Übergabe gem. § 854 I erfolgen soll³¹². Dagegen ist Stellvertretung möglich beim Besitzerwerb nach § 854 II.

Der Besitzdiener ist nicht Stellvertreter des Besitzherrn. Freilich ähnelt seine Stellung der des Vertreters. Er übt, wie § 855 lautet, die tatsächliche Gewalt für einen anderen aus. Sicherlich kann der Besitzdiener zugleich Bevollmächtigter des Besitzherrn sein (selbst ein Prokurist ist in der Regel Besitzdiener des Prinzipals). Aber das hat nur Bedeutung für rechtsgeschäftliche

³⁰⁹ RGZ 112, 109, 113.

³¹⁰ Zur Kasuistik vgl. STAUDINGER/BUND § 855 Rn 19-23.

³¹¹ WESTERMANN/GURSKY § 10 III 4.

³¹² RGZ 137, 26. Gesetzliche Vertreter und Amtspersonen (Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter usw.) erwerben unmittelbaren Besitz für sich selbst. Organe einer juristischen Person erwerben zwar für diese, dies ist jedoch keine Stellvertretung. Das Handeln des Organs ist als eigenes Handeln der juristischen Person zu erachten.

Vorgänge, nicht für Realakte (Tathandlungen) wie die Ergreifung der tatsächlichen Gewalt nach § 854 I.

Dennoch kann der Besitzdiener für den Besitzherrn Besitz erwerben. Der Besitzdiener steht *regelmäßig* in einem Herrschaftsbereich, einer Organisation (Gewerbebetrieb, Haushalt und dergleichen). Wenn er hier für den Besitzherrn, dessen Weisungsbefugnis er untersteht, die tatsächliche Gewalt an Sachen ausübt, gilt dies nicht nur für Sachen, die bei Beginn des Besitzdienerverhältnisses bereits im Besitz des Besitzherrn sind und über die ihm der Besitzherrn (ausdrücklich bzw. stillschweigend) die Ausübung der Sachherrschaft überlässt, sondern auch für Sachen, die noch nicht im Besitz des Besitzherrn standen, an denen der Besitzdiener aber die tatsächliche Gewalt im Rahmen seines Abhängigkeitsverhältnisses ergreift und die er also damit in den Herrschaftsbereich seines Besitzherrn einfügt.

Möglich ist sowohl *originärer* als auch *ableitender (derivativer)* Besitzerwerb durch Besitzdiener.

1. Originärer Erwerb

Man kann auch durch einen Besitzdiener z. B. eine Sache finden. Den Fall, dass eine Hilfsperson eine gefundene Sache für sich behalten will, hatte der BGH in dem Kinoplatzanweiserin-Fall zu entscheiden. Dieser instruktive Fall gibt Anlass zur Erörterung von Einzelfragen und soll daher näher besprochen werden.

Eine Platzanweiserin (Beklagte) in einem Kino (Klägerin) hatte auch die Aufgabe, nach Schluss der letzten Vorstellung das Theater nach verlorenen Gegenständen abzusuchen und Fundsachen dem Unternehmer abzuliefern. Als sie einmal einen Brillantring fand, gab sie ihn zwar sogleich ab, behielt sich aber ausdrücklich Finderrechte vor. Der Ring wurde von der Geschäftsleitung beim Fundbüro abgegeben, dort aber vom Verlierer nicht abgeholt. Im Streit, ob die Platzanweiserin oder der Kinobesitzer das Eigentum am Ring erworben habe (§ 973 BGB), entschieden LG und OLG Stuttgart zugunsten der Platzanweiserin, dagegen der BGH - zugunsten des Kinobesitzers -, dessen Entscheidung nicht angezweifelt werden kann.

Es folgt die Urteilsbegründung des BGH zu oben genanntem Fall³¹³:

³¹³ BGHZ 8, 130 ff = NJW 1953, 419 f.

„Es kann dahingestellt bleiben, ob die Entsch. des LG und des OLG richtig waren, wenn Arbeitsanweisung für die Behandlung von Fundgegenständen nur eine dem § 30 BetriebsO „entsprechende“ Bestimmung enthielte. Davon sind die beiden Tatsachengerichte ausweislich ihrer Tatbestände ausgegangen. Das BerGer. hat aber ebenso wie das LG auf das Arbeitsanweisung im Ganzen Bezug genommen. Daher unterliegt diese auch insoweit der Beurteilung des RevG., als ihr Inhalt über den § 30 BetriebsO hinausgeht. Das ist insoweit der Fall, als in der Arbeitsweisung eine Anordnung über die Suche nach „verlorengegangenen Gegenständen“ enthalten ist. Diese – von der Bekl. durch Unterschriftsleistung im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses anerkannte – Vorschrift ergibt, daß die Bekl. nicht Finderin im Sinne des § 965 BGB ist und daher auch keine Eigentumsansprüche auf den Ring nach § 973 BGB geltend machen kann.

Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob ein Gegenstand, der in einem Lichtspieltheater liegenbleibt und von einer Platzanweiserin sofort oder bei der Durchsuchung nach der letzten Vorstellung aufgenommen wird, für die Platzanweiserin eine verlorene, d. h. besitzlose Sache ist, oder ob diese Annahme deshalb ausscheiden muß, weil der Inhaber des Theaters an fremden Gegenständen, die von Besuchern zurückgelassen werden, auf Grund seiner nach außen erkennbaren tatsächlichen Beziehungen zu allem was im Theaterraum ist, und kraft eines allgemeinen Beherrschungswillens die tatsächliche Gewalt und damit den Besitz schon erlangt (§ 854 Abs. 1 BGB), bevor die Platzanweiserin den Gegenstand sieht und aufnimmt. Die Kl. hat die tatsächliche Gewalt über den Ring spätestens in dem Augenblick erlangt, in dem die Bekl. ihn auf Grund der ihr erteilten Anweisung aufgehoben hat. Auf die Frage, ob die Bekl. den Ring während der Vorstellungen oder erst nach Beendigung des „Auslasses (letzte Vorstellung)“ entdeckt und aufgehoben hat, kommt es dabei nicht an. Der letzte Absatz der Arbeitsanweisung ordnet zwar ausdrücklich nur eine Durchsuchung „nach Beendigung des Auslasses“ an. Aus diesem Absatz in Verb. mit § 30 BetriebsO ergibt sich jedoch, daß es allgemein zu den Pflichten der Platzanweiserinnen der Kl. gehört, Fundsachen aufzuheben und bei der Geschäftsleitung abzugeben. Bei dieser Sachlage hat die Bekl. die tatsächliche Gewalt an dem Ring als Besitzdienerin im Sinne des § 855 BGB für die Kl. ergriffen (vgl. RGZ 137, 23, 25) und damit dieser den unmittelbaren Besitz verschafft. Da „Ansichnehmen“ in § 965 BGB nichts

anderes bedeutet als „Inbesitznehmen“, folgt hieraus, daß die Bkl. den Ring für die Kl. gefunden und „an sich genommen hat“, so daß auch nur diese die Finderin im Rechtssinne ist. Das hat das BerGer. verkannt, wenn es die Rechtsfrage, ob die Bekl. Besitzdienerin der Kl. war, dahingestellt gelassen und ausgeführt hat, die Eigenschaft der Bekl. als Besitzdienerin schließe nicht aus, daß sie den Ring „an sich genommen“ = unmittelbar ergriffen habe. Daran, daß der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt wirklich ausübt, ist schon nach dem Wortlaut des § 855 BGB kein Zweifel; er tut das aber „für einen anderen“ und kann insoweit auch Besitz für diesen erwerben, ohne deshalb als dessen Stellvertreter im Sinne der §§ 164 ff. BGB zu handeln. Diese rechtliche Möglichkeit hat das BerGer. bei seiner Annahme, beim Finden und Ansichnehmen sei keine Stellvertretung möglich, weil beides „Tathandlungen“ seien, übersehen. Hierbei ist klarzustellen, daß das Finden nach dem Gesetzeswortlaut zwar einen Doppeltatbestand erfordert, nämlich das „Finden“ im Sinne des sinnlichen Wahrnehmens der verlorenen Sache und das „Ansichnehmen“, daß jedoch das erste Tatbestandsstück (Finden) nicht maßgebend ist, weil das Wahrnehmen der Sache allein in keinem Falle zur Begründung der Finderstellung ausreicht. Nimmt jemand im Sinne des § 965 BGB eine Sache an sich, die ein anderer wahrgenommen und ihm gezeigt hat, so ist er Finder im Sinne des Gesetzes, obwohl der andere die Sache zuerst wahrgenommen hat und im Sprachgebrauch des täglichen Lebens als Finder bezeichnet werden mag. Das sonach entscheidende Tatbestandsmerkmal des Fundes, das Ansichnehmen, bedeutet aber nur Erlangung der tatsächlichen Gewalt, also des unmittelbaren Besitzes. Es ist auch sonst allgemein anerkannt, daß der Besitzdiener im Rahmen des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses zu seinem Besitzherrn, d. h. soweit er dessen auf die Sache bezüglichen Weisungen zu folgen hat, für diesen den unmittelbaren Besitz erwirbt. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob etwa der Besitzdiener im Rahmen eines Rechtsgeschäfts für den Besitzherrn Besitz erlangt oder wie hier auf Grund eines Fundes. Das entscheidende Tatbestandsstück, die Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Besitzdiener für den Besitzherrn, ist in den Fällen des § 854 dasselbe wie in denjenigen des § 965. Dieses Ergebnis folgt zwangsläufig aus dem Wesen der Besitzdienerschaft.

Das BerGer. hat sich für seine Auffassung noch auf eine Entsch. des OLG Breslau (Recht 1910 Nr. 916) berufen, wonach auch Dienstboten durch

Ansichnehmen von Sachen, die sie in den ihrer Wartung unterstellten Räumen gefunden haben, das Recht auf Eigentumserwerb für sich begründen könnten. Das OLG Breslau hat jedoch irrigerweise darauf abgestellt, ob der Arbeitnehmer die Sache mit dem Willen an sich nehme, die gesetzliche Finderrechte für sich oder für seinen Arbeitgeber zu erwerben. Für die Wirkungen der Besitzdienerschaft ist es aber unerheblich, ob der Besitzdiener im Einzelfall für den Besitzherrn handeln will, wenn er tatsächlich auf Grund des Abhängigkeitsverhältnisses handelt. Es ist ferner ohne Bedeutung, daß die Bekl. sich sogleich bei der Abgabe des Ringes an die Kl. „ihre Finderrechte vorbehalten“ hat. Selbst wenn sie hiermit zum Ausdruck gebracht haben sollte, daß sie nicht für die Kl. habe finden wollen, so wäre ein solcher Wille unbeachtlich, weil sie den Ring bei Erfüllung der ihr obliegenden Vertragspflichten – also im Rahmen des Besitzdienerverhältnisses – „gefunden“ und ihn – wie in der Arbeitsanweisung bestimmt – an die Kl. abgeliefert hat.

In der RevErwiderung ist noch versucht worden, zwischen den im Kino „liegengelassenen“ und den wirklich „verlorenen“ Gegenständen zu unterscheiden und das der Bkl. obliegende Absuchen des Zuschauerraumes als „Einsammeln“ auf liegengelassene Sachen (Schirme, Hüte, Mäntel, Taschen u. ä.) zu beschränken. Auf das Vorfinden dieser üblicherweise „liegenbleibenden“ Gegenstände sei die Platzanweiserin gefaßt, der Ring sei weder „liegengelassen“ noch von der Bekl. „gesucht“ worden. „Sein Finden“ sei nicht „die Folge eines Suchens“ gewesen. Dieser überspitzten Unterscheidung könnte entgegengehalten werden, daß nach dem Wortlaut der Arbeitsanweisung gerade nach „verlorengegangenen“ Gegenständen zu suchen war.

Da hiernach die Kl. als Finderin i. S. der §§ 965 ff. BGB anzusehen ist, ist sie gemäß den §§ 973 Abs. 1. 975 Abs. 1 BGB Eigentümerin des Brillantringes geworden“.

Auf der Grundlage der oben gegebenen Definition von ‚Finden‘ scheint der Streit schon zugunsten des Kinobetreibers entschieden zu sein: Denn nach § 855 erwirbt nicht die Hilfsperson Besitz, wenn sie die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, sondern der

Geschäftsherr. Finder wäre damit letzterer³¹⁴. Fraglich ist aber, ob die Platzanweiserin beim Entdecken und Aufheben tatsächlich als Besitzdiener gehandelt hat. Das könnte zu verneinen sein, weil die Hilfsperson die Sache für sich selbst erwerben wollte. Der Eigenerwerbswille der Hilfsperson kann nur berücksichtigt werden, wenn der Besitzerwerb des Geschäftsherrn voraussetzt, dass die Hilfsperson mit dem Willen, ihm den Besitz zu verschaffen, d. h. für ihn zu handeln, handelt. In der Tat wird zum Teil für die Annahme eines Besitzdienerverhältnisses ein Besitzdienerwille verlangt³¹⁵.

Folgt man der vorherigen Ansicht – also wie im Fall der OLG Stuttgart -, so kann man der Kinoplatzanweiserin den Erwerb von Eigenbesitz zusprechen. Die Kinoplatzanweiserin hat sich ‚ihre Fundrechte‘ vorbehalten. Daraus ergibt sich, dass sie den Finderlohn nach § 971 I und gegebenenfalls das Eigentum nach § 973 für sich erwerben wollte. Daher folgt, dass sie nicht als Besitzdiener Besitz für den Kinobetreiber begründen wollte: Ihr fehlte also der Besitzdienerwille.

Eine weitere Meinung in der Literatur verlangt zwar - ebenfalls grundsätzlich - einen Besitzdienerwillen, erkennt einen Besitz der Hilfsperson infolge ihres Eigenerwerbswillens aber nur dann an, wenn der sich objektiviert hat, d. h. erkennbar geworden ist³¹⁶. Zu diesem Ergebnis, nämlich Eigenbesitz der Hilfsperson bei Erkennbarkeit des Eigenbesitzwillens, dürfte auch ein anderer Teil der Literatur gelangen, und zwar lässt - wie die hM - zum Ausgangspunkt für einen Besitzerwerb des Besitzherrn die objektive Tätigkeit im Rahmen des Abhängigkeitsverhältnisses genügen. Die letztgenannte Meinung bejaht aber den Verlust bereits bestehenden Besitzes des Besitzherrn, wenn der Besitzdiener seinen nunmehrigen Eigenbesitzwillen nach außen hin erkennbar macht³¹⁷. Dementsprechend müsste diese Ansicht erst recht den Besitzerwerb des Geschäftsherrn leugnen, wenn die Hilfsperson die Sache nach außen erkennbar für sich erwerben will.

Die Rechtsprechung und größerer Teil der Literatur halten grundsätzlich daran fest, dass allein die Tätigkeit im Rahmen des Abhängigkeitsverhältnisses, die sich in der Regel in der Einbringung der Sache in den Herrschaftsbereich bzw. die Organisationssphäre des

³¹⁴ Dazu PALANDT/BASSENGE § 965 Rn 2.

³¹⁵ OLG Breslau in Recht 1910 Ziff. 916 - im Anschluss daran OLG Stuttgart als Berufungsinstanz zum gegebenen Fall; ebenso PLANCK/BRODMANN § 855 Anm. 4.

³¹⁶ V. BRUNS, 149 ff; KIEFNER in JA 1984, 189, 191 f; LAST in JherJb 63, 110 ff, insb. 111, 117 ff und 121 f; WIELING § 4 IV 1 a aa und b; MÜNCHKOMM/JOOST § 855 Rn 13.

³¹⁷ Etwa PALANDT/BASSENGE § 855 Rn 4, 5; STAUDINGER/GURSKY § 965 Rn 10.

Besitzherrn äußert, maßgebend ist³¹⁸. „Entscheidend ist dafür, ob die Hilfsperson sich bei dem Erwerb an den ihr zugewiesenen Aufgabenbereich gehalten hat“³¹⁹. Entscheidend ist somit, ob ihr äußerliches Verhalten den Anweisungen des Geschäftsherrn entspricht. Häufig wird der Besitzdiener äußerlich den Weisungen nachkommen, indem er die erworbenen Sachen in den räumlichen Bereich des Besitzherrn bringt, etwa wenn der Geselle das besorgte Baumaterial in das Lager bringt. Das muss aber nicht so sein, denn er kann es direkt zum Haus bringen, in dem er es auf die Weisung des Meisters hin einbauen soll. Auch dann ist bis zum Einbau der Meister Besitzherr. Durch diese strenge Anforderung an den eigenen Besitzerwerb der Hilfsperson wird der Besitzherr in seinem Vertrauen, dass der Besitzdiener für ihn erwirbt, geschützt.

Die Meinung, welche die innere Einstellung des Besitzdieners, sofern sie erkennbar ist, für maßgeblich hält, kommt häufig zu demselben Ergebnis. Denn in der Regel tut der Besitzdiener seinen Willen zum eigenen Besitz kund, indem er die Sache aus dem Herrschaftsbereich des Besitzherrn herausnimmt bzw. sie schon gar nicht hineinbringt und insoweit sein Abhängigkeitsverhältnis aufhebt. Dann hat die Hilfsperson jedenfalls Eigenbesitz zu Lasten des Geschäftsherrn begründet.

Ein von der hM abweichendes Ergebnis ist nach vorheriger Meinung aber möglich, wenn der Besitzdiener zwar seinen Eigenbesitzwillen verbal kundtut, aber gleichwohl die – allgemeinen oder speziellen – Weisungen des Besitzherrn befolgt. Das war also die Besonderheit des Kinoplatzanweiserin-Falles. Die Platzanweiserin hatte den Ring nur unter Vorbehalt ‚ihrer Finderrechte‘ gemäß der Arbeitsanweisung dem Kinobesitzer gegeben. Dies zeigt deutlich, dass **zwei objektive** Elemente vorliegen, die in entgegengesetzte Richtung weisen: Die Erklärung und das Handeln.

Für die Lösung vorheriger Frage sind also zwei Ansätze denkbar:

(a) Man vergleicht und bewertet die beiden objektiven Elemente und gibt einem den Vorzug. Wer den kundgegebenen Willen der Hilfsperson für maßgeblich hält, wird wohl einen Besitz der Hilfsperson bejahen. Zwingend ist dies aber nicht³²⁰,

³¹⁸ Dazu die hier übertragene Leitentscheidung des BGH; ebenso OLG Hamm in NJW 1979, 725, 726; zur Literatur vgl. u. a.: HOCHÉ in JuS 1961, 73 ff; WESTERMANN/GURSKY § 10 II 2 und III 4; WOLFF-RAISER § 10 V u. Fn. 6, § 13 I 1; RGRK/KREGEL § 855 Rn 2; SOERGEL/MÜHL § 855 Rn 4; STAUDINGER/BUND § 855 Rn. 11.

³¹⁹ WESTERMANN in JuS 1961, 79, 81.

³²⁰ So etwa: WIELING § 4 IV 1 b; KRÜGER, Erwerbszurechnung, 125 f.

„denn das Erfordernis der Bekanntgabe des Eigenbesitzwillens stellt zunächst nur eine untere Grenze, unterhalb der der Wille der Hilfsperson zum eigenen Besitz ohne Bedeutung ist, dar. Ob bei seinem Vorliegen automatisch die Hilfsperson selbst Besitz erworben hat oder dazu noch weitere Kriterien erforderlich sind, ist damit noch nicht festgelegt“³²¹.

Jedenfalls der BGH in Zusammenhang mit großem Teil der Literatur sahen es nicht für nötig an, eine Ausnahme zu machen. Sie hielten das Handeln nach der Arbeitsanweisung, also innerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses, für maßgebend³²². Dadurch ist die Stelle des Besitzherrn gestärkt. Der Besitzherr ist so gestellt, als hätte er die Handlung, auf die es ihm ankam und zu der er den Besitzdiener angewiesen hat, selbst vorgenommen. Zum Teil wird zusätzlich auf den Aufsatz des „venire contra factum proprium nulli conceditur“ zurückgegriffen, um die Worte der Hilfsperson gegenüber ihrem tatsächlichen Verhalten für unbeachtlich zu erklären³²³.

(b) In Wirklichkeit besteht gar kein Problem infolge zweier einander gegenüberstehender objektiver Elemente. Denn das eine Element, d. h. Handeln nach Anweisung, lag zeitlich **vor** dem anderen - der Erklärung des Eigenbesitzwillens. Es hat bereits die Rechtslage gestaltet, so dass die Erklärung des Willens keine Wirkung mehr entfalten konnte³²⁴.

Der Besitzdiener erwirbt also nach beiden Ansätzen dem Besitzherrn Besitz und damit die Findereigenschaft gem. § 855 BGB.

Dieses Ergebnis – nämlich, nur der Besitzherr ist Finder, wenn der Besitzdiener sich weisungsgemäß verhält, gleichgültig ob er selber Besitzer bzw. Finder sein will - ist daher auch angemessen. Es benachteiligt die Hilfsperson nicht: Denn sie konnte die Sache nur deshalb entdecken, weil der Besitzherr ihr Zugang zu dem Fundort verschafft und ihr die Tätigkeit, bei der sie die Sache fand, übertragen hat. Hinzu kommt, dass auch der Ansicht des BGH nach und der mit dem BGH übereinstimmenden Literatur ein Besitzerwerb der Hilfsperson nicht generell ausgeschlossen ist:

³²¹ ENDERS, 82-83.

³²² Dazu LG Frankfurt in NJW 1956, 873, 874.

³²³ So KRÜGER, 126 u. Fn. 20, im Anschluss an FLUME AT II, § 5 Ziff. 5.

³²⁴ So HOCHÉ aaO, 74, und daran anschließend STAUDINGER/GURSKY § 965 Rn 10.

„Der Geschäftsherr wird nämlich nur Besitzer, wenn er die Hilfsperson angewiesen hat, nach bestimmten Gegenständen zu suchen oder zumindest auf sie zu achten. Selbständig motiviertes Suchen führt zum Eigenbesitz der Hilfsperson, weil sie nicht nach Weisung im Sinne des § 855 handelt“³²⁵.

Allerdings ist noch offen, wie die Anweisung beschaffen sein muss, d. h. wie direkt die Hilfsperson zum Suchen aufgefordert werden muss, damit ein Suchen als auf Anweisung erfolgt und eben nicht eigenständig motiviert eingeordnet werden kann³²⁶. Dafür kann kein allgemeingültiger, fester Maßstab gegeben werden. Vielmehr ist nach den Aufgaben und der sonstigen Selbständigkeit der Hilfsperson zu unterscheiden. Einer Hilfsperson wie der Platzanweiserin, die nur rein mechanische Tätigkeiten ohne größeren Schwierigkeitsgrad und ohne Gestaltungsspielraum erbringt, muss genau gesagt werden, dass sie das Kino nach Schluss der Vorstellung abzusuchen hat. Dagegen ist das gegenüber demjenigen, der für den Geschäftsherrn das Kino vor Ort, etwa als Geschäftsführer, betreibt, nicht erforderlich. Insoweit genügt die Allgemeine Anweisung, das Kino ordentlich, d. h. so wie üblich, zu betreiben. Das umfasst, da der Kinoraum üblicherweise nach Vorstellungen auf liegengeliebene Gegenstände abgesucht wird, auch die Anweisung an den Geschäftsführer, den Raum durch weitere Hilfspersonen am Ende jeder Vorstellung absuchen zu lassen. Finder ist dann weder die zum Suchen eingesetzte Hilfsperson noch der Geschäftsführer, sondern also der Geschäftsherr.

Die Angemessenheit des im Kinoplatzanweiserin-Fall gefundenen Ergebnisses ergibt sich des weiteren aus einem Vergleich mit einem anderen Bereich, in dem es ebenfalls darum geht, wie weit eine Hilfsperson an einer Entdeckung im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit zu beteiligen ist³²⁷.

So beim Schatzfund nach § 984 BGB ist der Eigentumserwerb nicht an den Besitzerwerb, sondern an das Entdecken im Sinne von sinnlichem Wahrnehmen geknüpft. Der Eigentumserwerb ist also vom Besitzerwerb unabhängig³²⁸. Kommt man bezüglich des Eigentumserwerbes zu demselben Ergebnis wie beim Besitzerwerb bei § 965, kann das Ergebnis dort nicht unangemessen sein. Im Rahmen des § 984 gilt: Waren die Hilfspersonen

³²⁵ ENDERS, 83, 84 u. Fn. 29.

³²⁶ Zum folgende vgl. ENDERS, 84.

³²⁷ Dazu ENDERS, 85.

³²⁸ Zum Ganzen vgl. noch RGZ 70, 308 ff.

von einem Schatzsucher zu diesem Zweck angestellt³²⁹ oder im Rahmen anderer Tätigkeiten zur Aufmerksamkeit angewiesen³³⁰, so erwerben sie den Eigentumsanteil dem Besitzherrn. Anders wären archäologische Ausgrabungen gar nicht möglich. Entdeckt dagegen beispielsweise der Baggerführer bei Ausschachtungsarbeiten zum Bau eines Hauses dank eigener Wachsamkeit den Schatz, ist er, obwohl bezüglich der Arbeitsgeräte sicherlich nur Besitzdiener, Eigenbesitzer des Schatzes und erhält den Eigentumsanteil³³¹. Für den Eigentumserwerb kommt man also zu demselben Ergebnis wie für den Besitzerwerb aufgrund des § 855 BGB.

Wenn ein Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über eine herrenlose Sache erlangt, erwirbt er in der Regel Besitz und damit Eigentum für seinen Besitzherrn³³². Fraglich ist, ob das auch dann gelten soll, wenn die Hilfsperson die Sache für sich erwerben *will*. Im **Försterfall** erlegte der Forstbeamte während der gesetzlichen Schonzeit ein Reh, um es für sich zu verwerten. Das BayObLG³³³ meinte, der Förster habe selber Besitz und gem. § 958 auch das Eigentum erworben, weil er schon von vornherein nicht als Besitzdiener gemäß seinen Pflichten handeln *wollen*. Das vom BayObLG gefundene Ergebnis ist also angemessen³³⁴.

Um ein Eigenerwerben des Försters doch bejahen zu können, muss man aber nicht mit dem BayObLG auf den bloßen Willen der Hilfsperson, für sich zu erwerben, abstellen. Da die Behörde auch ihren Förstern verboten haben wird, während der Schonzeit zu jagen, handelte der Förster weisungswidrig. Gemäß den Kriterien aus dem Kinoplatzanweiserin-Fall bedeutet es³³⁵: „Ein so offensichtlicher Verstoß gegen die Weisungen wie das Erlegen eines Rehes während der gesetzlichen Schonzeit schließt ein Handeln als Besitzdiener aus“³³⁶, von daher ist es nicht erforderlich, ein Merkmal Besitzdienerwille einzuführen³³⁷.

Es ist noch nachzuprüfen, ob die hier nachgewiesenen Rechtsprechung und Literatur die **gesetzliche Voraussetzungen** des Besitzdienerverhältnisses genau beachtet haben. Aus § 855 ergibt es sich ganz deutlich: Der Besitzdiener **hat** im Rahmen des Besitzdienerverhältnisses

³²⁹ RGRK/PIKART § 984 Rn 9.

³³⁰ Vgl. RGZ 70, 308 ff zum Goldschatz-Fall; ebenso BGH in NJW 1988, 1204, 1206.

³³¹ BGH NJW 1988, 1204, 1205 f; WESTERMANN/GURSKY § 60 2; STAUDINGER/GURSKY § 984 Rn 3.

³³² WESTERMANN/GURSKY § 58 IV; RGRK/PIKART § 958 Rn 9; SOERGEL/MÜHL § 958 Rn 5.

³³³ BayZ 1932, 258 (Zit. nach ENDERS, 85, Fn. 39).

³³⁴ So ENDERS, 86; ebenso STAUDINGER/GURSKY § 958 Rn 4.

³³⁵ Vgl. nochmals die Leitentscheidung des BGH.

³³⁶ So ENDERS, 86.

³³⁷ Ebd.

den auf die Sache bezüglichen Weisungen **zu folgen**, d. h. er **muss** diesen folgen. Das Besitzdienerverhältnis ist also nach dem Wortlaut des Gesetzes selbst **normativ** auszulegen. Alle die hier durch die verschiedenen Meinungen zur Lösung des konkreten Falles empfohlenen Kriterien gehen auf das **Faktische** zurück. Es ist deshalb genau zu beobachten, ob hier nicht der Fall vorliegt, bei dem die tatsächliche Lage **Normativität** impliziert, selbst wenn beim konkreten Fall ein Rechtsverhältnis nicht vorliegt³³⁸. Wie bereits oben gesagt wurde, es ist nicht erforderlich, dass ein Rechtsverhältnis zwischen Besitzdiener und Besitzherrn besteht, und ebenso drückt das Gesetz die Weisungsabhängigkeit normativ aus. Das Gesetz sagt nicht, aufgrund dieses **tatsächlichen** Verhältnisses befolge der Besitzdiener die Weisungen des Besitzherrn, sondern **müsse** er folgen. Das bestehende Besitzdienerverhältnis wird als Tatbestand des § 855 in seiner tatsächlichen Folge bzw. in seinem Merkmal – d. h. Weisungsabhängigkeit bzw. soziale Abhängigkeit – *normativ beschrieben*. Demzufolge ist ein hypothetisches Besitzdienerverhältnis - falls es in der Tat besteht - deshalb normativ zu interpretieren, weil das Gesetz sein faktisches Merkmal als etwas Normatives nimmt. Dies spielt daher eine wichtige Rolle bei der Lösung der erwähnten Besitzerwerbsfälle.

Das Gesetz (§ 855 BGB) handelt seinem Wortlaut nach nur von der Ausübung eines bereits bestehenden Besitzdienerverhältnisses. Infolgedessen wird der Anknüpfungspunkt zur Analyse des Besitzerwerbs durch den Besitzdiener durch § 854 I gebildet: Zum Zeitpunkt der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Besitzdiener erwirbt der Besitzherr Besitz. In diesem Augenblick spielt es eine Rolle, ob *bereits* vorher ein Besitzdienerverhältnis charakterisiert war oder nicht: wird dies bejaht, so **muss** nach § 855 die Weisungsgebundenheit des Besitzdieners bestehen. Also mit anderen Worten gesagt: Besteht schon deshalb ein Besitzdienerverhältnis, weil bereits die Norm des § 855 den konkreten Tatbestand gegriffen hat bzw. sich auf ihn ausgewirkt hat, so ist die Weisungsgebundenheit des Besitzdieners als anwesend anzusehen, selbst wenn zum Zeitpunkt des Besitzerwerbes die Hilfsperson *weisungswidrig* handelte - so die hM - oder Eigenerwerbswille hatte - so die mM. Nach beiden Ansätzen sieht man die faktische Lage nur faktisch an, während das Gesetz das besondere Merkmal dieses (tatsächlichen) Verhältnisses normativ ansieht, indem es gesetzmäßig auf diese Weise beschrieben wird.

³³⁸ Vgl. dazu – sogar erklärens-wert – K. MARX, Das Kapital (vgl. oben zu EINLEITUNG Ziff. 19 u. Fn. 31).

Demzufolge ist zu schließen: Im Augenblick des Besitzererwerbs durch den Besitzdiener, d. h. beim Greifen des § 854 I, impliziert das bestehende Besitzdienerverhältnis gesetzmäßig (normativ, § 855) eine Weisungsgebundenheit des Besitzdieners. Demzufolge käme man beim Kinoplatzanweiserin-Fall zwar zu demselben Ergebnis wie das BGH; beim Försterfall aber nicht. Bei letztgenanntem Fall verhindern weder der Eigenbesitzwille der Hilfsperson - so das BayObLG - noch deren grob weisungswidriges Verhalten einen Erwerb des Besitzherrn: Im Augenblick des Besitzererwerbs handelte der Förster im Rahmen des Besitzdienerverhältnisses, und deshalb **musste** – also bei normativer Auslegung nach § 855 - als Besitzdiener seinen Pflichten gemäß handeln, obgleich er in der Tat schon von vornherein weisungswidrig gehandelt hat. Anders verhält es sich nicht, wenn etwa die Kinoplatzanweiserin von vornherein einen dem Besitzerwerb des Besitzherrn entgegenstehenden Willen äußerlich erkennbar getätigt hätte.

Der vorherige Ansatzpunkt kann auch – wenn man es so betrachten will – bei der **Rechtsverkehrssicherheit** Unterstützung finden, was ebenso wenig das Offenlassen des sog. Typusbegriffs anbieten kann. Dabei verstärkt derselbe die **objektive** Ansicht der Dienergewahrsam - in systematischer Verbindung mit der Norm des § 854 I (Grundtatbestand) - und weicht damit von der Einführung des Merkmales ‚Besitzdienerwille‘ stärker ab. Diese Ansicht ist deshalb objektiver als andere, weil sie im Rahmen eines bereits bestehenden Besitzdienerverhältnisses auf das Verhalten des Besitzdieners – sei es objektiv, sei es subjektiv genommen – keine Rücksicht nimmt, um analysieren zu können, ob eine Weisungsgebundenheit noch besteht oder nicht, indem gesetzmäßig (§ 855 BGB) das Faktische, nämlich das Verhalten des Besitzdieners zum Zeitpunkt des Erwerbs, nicht in Betracht kommt.

Hiermit verstärkt man auch den bereits in der EINLEITUNG dieser Arbeit vertretenen Standpunkt, dass das Gesetz (die Norm) dessen Auswirkung (Greifen) auf die (konkreten) Tatbestandselemente - nämlich, falls diese beim konkreten Fall geschehen - in einem **logischen** Zeitpunkt findet, und nicht im Augenblick dessen Auslegung bzw. Anwendung. Die Behandlung der Rechtsregeln als Typusbegriffe löst bei der Bearbeitung des konkreten Falles die klare Wenn-dann-Struktur, d. h. die Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge auf, und führt damit zu einer Verdeckung desjenigen logischen Zeitpunkt, was deshalb im Rahmen dieser Ausführung bereits von vornherein abgelehnt wurde, weil Rechtsnormenauswirkung und Rechtsnormenanwendung zwei verschiedene Momente bilden,

die sich miteinander nicht austauschen lassen. Daraus ergibt sich, dass zweifelhaft - und somit vielleicht falsch - nur die Auslegung bzw. Anwendung der Rechtsnorm, doch nicht deren logische Auswirkung sein kann.

2. Ableitender Erwerb

Im Fall des § 854 II BGB scheidet ein Erwerb durch Besitzdiener aus. Bei der Einigung kann der Besitzdiener als solcher nicht für den Besitzherrn tätig werden; er müsste darüber hinaus rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht haben. Zu erörtern bleibt daher der Besitzerwerb nach § 854 I.

Macht eine Hausangestellte für den Haushalt Einkäufe, dann erwirbt sie, wenn ihr die Waren übergeben werden, den Besitz für den Hausherrn. Es bedarf hierzu nicht irgendeiner Willensäußerung der Besitzdienerin. Sachen, die ein Besitzdiener im Rahmen seines Abhängigkeitsverhältnis, insbesondere im Bereich der Organisation, in der er für den Besitzer die tatsächliche Gewalt ausübt, zu Besitz übertragen erhält, erwirbt er nicht zu eigenem Besitz. Der Besitzerwerb des Besitzherrn erfolgt allein dadurch, dass der Besitzdiener die Sache in den Herrschaftsbereich, in dem er tätig ist, einfügt. Ein solcher Erwerb erfolgt also möglicherweise, ebenso wie beim originären Erwerb, ohne dass der Besitzherr Kenntnis vom ihm den Besitz verschaffenden Vorgang erhält. Den nach hM erforderlichen Besitzbegründungswillen hätte der Besitzherr im folgenden Sinne, dass er bei der Schaffung eines Besitzdienerverhältnisses den allgemeinen Willen hat, an den Sachen, an denen sein Besitzdiener im Rahmen seines Aufgabenkreises die tatsächliche Gewalt eingeräumt erhält, den Besitz zu erwerben³³⁹.

Es kommt mithin grundsätzlich nicht auf den Willen des Besitzdieners im Einzelfall an; der Besitzerwerb durch den Besitzherrn vollzieht sich - wenigstens grundsätzlich - nach objektiven Gesichtspunkten. Anders ist es, wenn der Besitzdiener zu erkennen gibt, dass er für sich selbst und nicht für den Besitzherrn erwerben will. Der Wille des Besitzdieners begründet nicht den Erwerb des Besitzherrn; er kann ihn aber verhindern³⁴⁰. Der Besitzdiener hat auch eine Privatsphäre: Die Hausangestellte kann auch für sich persönlich einkaufen. Wenn sie dies ausdrücklich im eigenen Namen tut, so erwirbt sie den Besitz nur für sich selbst. Nun gibt sie freilich oft genug nicht zu erkennen, ob sie für sich oder für ihren

³³⁹ So HOCHÉ, 74 und Fn. 7 zu anderen Nachweisen.

³⁴⁰ So ROSENBERG, Kommentar zum Sachenrecht, § 855 Anm. V 2 (Zit. nach HOCHÉ aaO, Fn. 8).

Dienstherrn einkauft. Hier kann es im Einzelfall zu Schwierigkeiten kommen, insbesondere wenn es objektiv nicht erkennbar ist, ob der Besitzerwerb in den Bereich des Abhängigkeitsverhältnisses oder in die Privatsphäre gehört. Dazu nimmt die hM die folgende Stellung³⁴¹:

Wenn sich der Erwerb im Rahmen dessen hält, was der Dienstherr üblicherweise durch seinen Besitzdiener erwerben lässt - mag dieser vielleicht auch im Einzelfall ohne speziellen Auftrag oder sogar auftragswidrig handeln -, spricht die Vermutung dafür, dass der Erwerb als Ausfluss des Besitzdienerverhältnisses geschieht. Daran ändert ein entgegenstehender Wille des Besitzdieners, sofern „er diesen nicht erkennbar betätigt hat“³⁴², nichts³⁴³. Der Rechtsgedanke des § 164 II BGB findet hier keine Anwendung³⁴⁴.

„Aus den begleitenden Umständen des Besitzerwerbs können sich allerdings Anhaltspunkte dafür ergeben, ob der Besitzerwerb im Rahmen des Folgeverhältnisses geschieht. Aus wessen Mitteln die eingekaufte Ware bezahlt wird, kann hier wesentliche Bedeutung gewinnen³⁴⁵. Aber auch wenn der Besitzdiener mit dem Geld seines Dienstherrn bezahlt, kann er, wenn er dies zum Ausdruck bringt, den Besitz für sich persönlich erwerben“³⁴⁶. „Andererseits kann auch bei Bezahlung mit eigenem Geld Erwerb für den Besitzherrn vorliegen“³⁴⁷, sofern „das Geschäft nur in den zugewiesenen Pflichtenkreis fällt“³⁴⁸.

Im früher öfter behandelten Fall des Kellners im Gasthof ‚Zum Schwan‘ in Frankfurt a. M., der im Jahr 1871 für Bismarck, der dort abgestiegen war und nach einem Tintenfass verlangte, mit eigenem Geld schleunigst ein solches beschaffte, hat der Kellner wohl für den

³⁴¹ Etwa V. BRUNS, 150 f, der LENEL, in JherJb 36, 90 ff folgt; PRZIBILLA in JherJb 50, 354 f. m. a. Nw. (Fn. 2 zur S. 355); ebenso HOCHÉ, 74 f.

³⁴² V. BRUNS, 151.

³⁴³ So HOCHÉ, 75.

³⁴⁴ Dazu PRZIBILLA, 355 u. Fn. 1.

³⁴⁵ HOCHÉ, 75.

³⁴⁶ Ebd.

³⁴⁷ Ebd.

³⁴⁸ PRZIBILLA, 356.

Gastwirt den Besitz erworben, weil der Erwerb in den Kreis der ihm zugewiesenen Dienstverrichtungen fiel³⁴⁹.

In der Regel wird es jedenfalls von entscheidender Bedeutung sein, „auf wessen Rechnung das Kausalgeschäft geht“³⁵⁰. Bereits die Römer haben ähnlich entschieden, wenn beispielsweise ein Sklave die Möglichkeit hatte, für zwei verschiedene Rechtskreise unmittelbaren Erwerb zu vollziehen³⁵¹. Unter Umständen wird sich aus dem Innenverhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener Entscheidendes in der einen oder anderen Richtung ergeben. Zu den Beispielen von BRUNS³⁵² - nämlich, (1) der Dienstherr lässt sich besonders billige Zigarren kaufen, will aber bei dem Zigarrenhändler nicht als Käufer in Erscheinung treten und gibt daher seinem Diener Anweisung, ausdrücklich im eigenen Namen aufzutreten; (2) der Dienstherr will seinem Diener eine Uhr schenken und weist ihn an, die Uhr selbst, aber auf seine, des Dienstherrn Rechnung zu kaufen - wird beim ersten Fall der Besitz für den Herrn, und beim zweiten für den Diener erworben.

„Einen dem Besitzerwerb für den Besitzherrn entgegenstehenden Willen kann der Besitzdiener außer durch ausdrückliches persönliches Auftreten dadurch betätigen, dass er die Sache, deren Erwerb objektiv in den Bereich seines Dienstverhältnisses fällt – mag er einen speziellen Auftrag zum Erwerb haben oder nicht, mag er sie mit eigenem Geld bezahlen oder mit dem des Besitzherrn -, sofort in seinen Alleinbesitz bringt (z. B. Einstecken in seine eigene Manteltasche)³⁵³. In der Regel wird er bei Nichtablieferung der Sache an den Herrn trotz alsbaldiger Absicht der Zueignung zunächst doch den Besitz für den Herrn begründen und diesen erst nachträglich durch die Begründung des Alleinbesitzes brechen³⁵⁴. Befindet sich der Besitzdiener auf dem Weg zur Wohnung des Besitzherrn und hat er seine Absicht, für sich selbst Besitz an einer eingekauften Sache zu begründen, noch nicht betätigt, so steht die Sache in diesem

³⁴⁹ So PRZIBILLA, 356 Fn. 2; ebenso HOCHÉ aaO. Zu aM vgl. V. BRUNS, 151 Fn. 2: weil es fraglich sei, ob das Geschäft – der Ankauf von Mobilien für den Gasthof – überhaupt objektiv in den Rahmen des Folgeverhältnisses eines Kellners gehöre.

³⁵⁰ V. BRUNS, 151.

³⁵¹ D. 7, 1, 25, 1.

³⁵² V. BRUNS aaO, 152.

³⁵³ HOCHÉ, 75.

³⁵⁴ Ebd.

Augenblick im Besitz und Eigentum des Herrn (vgl. das früher viel herangezogene Beispiel von ECK³⁵⁵ mit der Hausdame, die silberne Löffel einkauft und auf dem Heimweg vom Schlage getroffen wird oder der die Löffel gepfändet werden; der Dienstherr ist wenigstens dann Besitzer und Eigentümer geworden, wenn der Einkauf von Silber auch zum Aufgabenkreis der Hausdame gehörte)³⁵⁶.

Entscheidend dafür, ob der Herr durch die Handlung des Besitzdieners Besitz erwirbt, ist also „das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses, die Erlangung der tatsächlichen Macht durch den Gehilfen und die objektive Zugehörigkeit des Geschäfts zum Wirkungskreis des letzteren bzw. zur Interessenssphäre des ersteren“³⁵⁷.

Äußert der Besitzdiener beim Einkauf nicht, ob er für sich oder seinen Herrn einkaufe, dann ist es für die Person des Besitzerwerbers regelmäßig nicht von Erheblichkeit, welchen Willen der Besitzübertragenden gehabt hat; er wird im allgemeinen den Besitz auf denjenigen übertragen wollen, den es angeht³⁵⁸. Denn dem Tradenten wird es im Zweifel gleichgültig sein, wer erwirbt. Er könnte auch den Besitzerwerb des Herrn durch den Gehilfen nicht hindern, sobald er selbst die Sache aus der Hand gegeben hat: Darüber entscheidet allein, in welchen Beziehungen die Hilfsperson zum Herrn steht³⁵⁹.

Der hM ist hier im wesentliche zuzustimmen, denn die soeben vertretene Auffassung trifft auch auf folgendes zu³⁶⁰: Die objektive Zugehörigkeit des durch den Besitzdiener zur Erlangung der tatsächlichen Herrschaft abgeschlossenen Erwerbsgeschäfts zum Aufgabenkreis der Hilfsperson im Rahmen eines bestehenden Dienstverhältnisses ist daher entscheidend, ohne dass man auf die innere Einstellung der Hilfsperson abstellen muss. An weitere **Voraussetzungen** ist der Erwerb durch Besitzdiener nicht geknüpft. Ob der Besitzerwerb zugunsten oder zu Lasten des Dienstherrn anzusehen ist, entscheidet vielmehr die objektive Lage, ob das Erwerbsgeschäft entweder dem Aufgabenkreis der Hilfsperson bzw. der Interessenssphäre des Herrn oder der Privatsphäre des Gehilfen **objektiv** zugehört, selbst wenn im Augenblick des Zustandbringens des Geschäfts - ebenso wenig später - die zum Besitzerwerb für den Besitzherrn entgegenstehende innere Einstellung des Besitzdieners

³⁵⁵ Dazu V. BRUNS, 151; vgl. die Literatur zu PRZIBILLA aaO, 351.

³⁵⁶ HOCHÉ aaO.

³⁵⁷ V. BRUNS, 152.

³⁵⁸ HOCHÉ, 75; V. BRUNS, 152.

³⁵⁹ So V. BRUNS, 153.

³⁶⁰ Vgl. oben Fn. 318 und dazugehörenden Haupttext.

genug zu erkennen gegeben wird. Wenn es im Einzelfall objektiv nicht erkennbar ist, ob der Besitzerwerb in den Bereich des Abhängigkeitsverhältnisses oder in die Privatsphäre gehört, ist zu dessen Lösung nicht auf die bloße Absicht des Besitzdieners, sondern vielmehr auf eine gesetzmäßig (§ 855 BGB) **normative** Auslegung (objektiv) der Besitzdienerschaftslage abzustellen. Entscheidet man etwa zum Fall des Kellners beim ‚Schwan‘ zu Frankfurt zugunsten desselben und nicht des Wirts, so muss man nicht auf den Willen des Kellners, sondern auf die Lage, dass es **objektiv** wohl kaum zum Geschäftskreis des Kellners gehört, nämlich Mobiliar für die Fremdenzimmer auf Rechnung des Hotelbetriebs anzuschaffen, abstellen³⁶¹.

II.2.1.B. Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Besitzdiener

Nach hM bezieht sich Besitzdienerschaft ihrem Wesen nach nur auf den unmittelbaren Besitz³⁶². Freilich kann auch ein Besitzdiener für seinen Herrn mittelbaren Besitz begründen oder übertragen: So etwa der Prokurist gibt Wertpapiere des Prinzipals ins Depot; die Haushälterin, die während der Abwesenheit ihrer verreisten Dienstherrn die Verantwortung für das im Haus befindliche Wertgegenstände nicht übernehmen will, gibt es einem zuverlässigen Bekannten in Verwahrung. Beide begründen für ihren Dienstherrn also mittelbaren Besitz.

Nach HOCHÉ beispielweise tritt diese Wirkung aber nur ein, weil dieselben den Vertrag, auf dem das Besitzmittlungsverhältnis beruht, im Namen ihrer Dienstherrn abschließen³⁶³.

Der Meinung HOCHÉs ist doch hier nicht zuzustimmen: Der mittelbare Besitz – wie bereits oben ausführlich ausgeführt wurde³⁶⁴ – unterscheidet sich des unmittelbaren Besitzes im Wesentlichen nicht. Bei der Schaffung des Besitzmittlungsverhältnisses kommt es nicht darauf an, ob ein Rechtsverhältnis eventuell zugrunde liegt: Als Grundtatbestand zur Auslegung des § 868 BGB bleibt immer noch der von § 854 I³⁶⁵.

Die Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf den Erwerb des mittelbaren Besitzes unterliegt keiner Schwierigkeit:

³⁶¹ ME zutreffend V. BRUNS, 151 Fn. 2.

³⁶² So etwa HOCHÉ, 78; ME aber mit Unrecht; doch zutreffend dazu vgl. PRZIBILLA, 347.

³⁶³ HOCHÉ aaO.

³⁶⁴ Dazu vgl. oben Ziff. I.2.2.

³⁶⁵ Dazu eingehend der Text oben zu Ziff. I.2.2.

„Es erwirbt der Prinzipal stets den mittelbaren Besitz, wenn die Handlung des Angestellten in den Kreis seiner Dienstverrichtungen fällt“³⁶⁶. „Der Prokurist braucht daher, wenn er etwa Waren durch Besitzkonstitut erwirbt, **nicht** erkennbar für den Herrn zu handeln, um für diesen mittelbaren Besitz zu begründen; ebenso wenig ist es erforderlich, dass der Handlungsgehilfe beim Erwerb eines Konnossements erklärt, er kaufe für den Prinzipal“³⁶⁷.

Ein besonderer Erwerbswille des Besitzherrn ist hier auch nicht erforderlich: „Es genügt vielmehr, dass der Herr den Besitzdiener für einen bestimmten Kreis von Aufgaben bestellt hat und dass die einzelne Erwerbshandlung von diesem Kreis umfasst wird“³⁶⁸.

II.2.1.C. Konkludenter Vergleich mit dem römischen Recht

Ein Kurzvergleich mit der Stellung des römischen Rechts ist hier als **Schluss** dieses Teils noch auszuführen³⁶⁹. Der Besitzdiener ist in der älteren Literatur mitunter mit dem römischen procurator verglichen worden, und zwar zum Teil bis ins Detail. LAST beispielweise bejaht dem Grundsatz nach sowohl für den Besitzdiener als auch für den procurator, dass die Hilfsperson den Willen haben müsse, für den Herrn zu erwerben³⁷⁰. Ein solcher Vergleich erscheint verlockend, da der procurator ein Gewaltfreier ist und schon deswegen dem Besitzdiener ähnlicher als z. B. ein Sklave. Gleichwohl dürfte eine solche Untersuchung wenig aufschlussreich sein für die Frage nach dem Grundprinzip der Zurechnung, denn der Erwerb durch einen procurator findet seinen dogmatischen Ausgangspunkt im Erwerb durch Gewaltunterworfenen. Bei den procuratores handelte es sich anfangs in aller Regel um Freigelassene³⁷¹. Der Bezug zur Hausgewalt des paterfamilias ist augenscheinlich: An die Stelle der potestas tritt die Patronatsgewalt, die ursprünglich ebenfalls eine Vollgewalt darstellt und sich erst allmählich zurückbildet³⁷². Dass später auch Freigeborene zum procurator bestellt werden konnten, ja dass möglicherweise sogar noch in klassischer Zeit per liberam personam schlechthin Besitz erworben werden konnte, ist erst das Ergebnis einer langen Entwicklung, die im Erwerb durch Gewaltunterworfenen ihren Ursprung hat. Für einen

³⁶⁶ PRZIBILLA, 356.

³⁶⁷ So zu Recht PRZIBILLA aaO; aM HOCHÉ, 78 - mE doch unzutreffend, da hier also irgendeine Abstellung auf den Willen des Gehilfen abzulehnen ist.

³⁶⁸ PRZIBILLA, 357.

³⁶⁹ Zum folgende vgl. KRÜGER, 133 ff.

³⁷⁰ LAST in JherJb 63, 71 ff, 103 ff.

³⁷¹ KASER, I, § 62 III 3.

³⁷² Dazu KASER, I, § 30 III 1, § 70 I.

Vergleich der die Zurechnung tragenden Gesichtspunkte ist es daher angemessen, auf diese ursprünglichen Fälle, in denen das Prinzip zum Ausdruck kommt, zurückzugehen.

Die Parallelen beginnen bei Äußerlichkeiten: Bereits die Begriffe ‚Besitzherr‘ und ‚Besitzdiener‘ wecken Assoziationen zu den Termini ‚dominus‘ und ‚servus‘. Auch die Funktion des Besitzdieners beim Erwerb wird ähnlich veranschaulicht wie die des Sklaven beim Rechtserwerb für den dominus: Repräsentant, Organ, Werkzeug, verlängerter Arm des Herrn sind die Begriffe und Bilder, die gebraucht werden³⁷³.

Entscheidend sind jedoch die sachlichen Kriterien:

„In beiden Fällen erwirbt jemand für einen anderen eine Rechtsposition, ohne dass der Handelnde – wie aber bei der Stellvertretung – dies beim Erwerb kenntlich zu machen brauchte und ohne dass ein Wille, für den anderen zu erwerben, Voraussetzung für die Zurechnung wäre. Die Fremdbezogenheit des Erwerbs wird weder vom Handelnden noch von seinem (Vertrags-)Partner bestimmt. Aber auch der durch das Geschäft Begünstigte braucht hierzu nicht eigens seine Bereitschaft zu erklären oder den Handelnden mit entsprechenden Befugnissen auszustatten, wie dies bei der Stellvertretung z. B. durch Einräumung einer Vollmacht geschieht. Die Fremdbezogenheit des Geschäfts folgt vielmehr aus dem besonderen Status, den der Handelnde gegenüber dem Begünstigten inne hat³⁷⁴. Beim Gewaltunterworfenen im römischen Recht ist es im Normalfall die potestas des paterfamilias oder ganz allgemein der Status, der gekennzeichnet ist durch die Befugnisse, die der dominus über den Gewaltunterworfenen hat. Ist der Herrschaftsgewalt allumfassend, besteht also uneingeschränkt die potestas, so wird jeder Erwerb dem Herrn zugerechnet. Sind die Befugnisse dagegen eingeschränkt, also z. B. beim Nießbrauchssklaven, so sind auch die Möglichkeiten des Erwerbs eingeschränkt: Nur soweit er durch die Befugnisse gedeckt ist, findet ein Erwerb für den einen

³⁷³ Zum geltenden Recht: HOCHÉ, 77; MÜLLER-ERZBACH, 21, 299; V. BRUNS, 147; zum römischen Recht: KASER, I, § 14 IV 5.

³⁷⁴ KRÜGER, 134.

(Nießbraucher) oder den anderen (dominus) statt. Die Entscheidung, wem zugerechnet wird, erfolgt in diesen Fällen also nach **objektiven Gesichtspunkten**³⁷⁵.

Damit ist die Brücke zum Besitzdiener geschlagen:

„Er ist keiner allumfassenden Herrschaftsgewalt unterworfen wie im Normalfall der servus oder der filiusfamilias. Soweit aber das die Besitzdienerschaft begründende Verhältnis reicht, ist sein Status ein ähnlicher“³⁷⁶.

„In diesem Rahmen ist er zum Gehorsam verpflichtet, *muss* er den Anweisungen des Besitzherrn Folge leisten. Entsprechend abgegrenzt sind die Bereiche des Besitzerwerbs: Soweit das Besitzdienerverhältnis betroffen ist, findet ein Erwerb für den Geschäftsherrn statt“³⁷⁷ –

darüber hinaus erwirbt der Handelnde für sich selbst.

„Ähnlich wie bei den Erwerbskategorien „ex duabus causis“ des römischen Rechts geben die Befugnisse des Geschäftsherrn bzw. der Bereich der Abhängigkeit des Dieners den Ausschlag für die Frage, wem erworben wird. Ein Unterschied besteht nur insoweit, dass hier der Diener, weil er anders als der Gewaltabhängige vollwertiges Rechtssubjekt ist, den Erwerb für den Geschäftsherrn dadurch hindern kann, dass er imstande ist, normalerweise in das Abhängigkeitsverhältnis fallende Geschäfte aus diesem Kreis herauszunehmen“³⁷⁸.

„Dadurch wird aber das Prinzip, das für die Unterscheidung beider Erwerbsmöglichkeiten gilt, nicht durchbrochen. Entscheidend bleibt

³⁷⁵ KRÜGER, 134: Ebenso beim bona fide serviens und beim Usuar – vgl. nochmals KRÜGER aaO, Fn. 74.

³⁷⁶ Ebd.

³⁷⁷ So zu Recht KRÜGER, 135.

³⁷⁸ So KRÜGER, 135. ME aber nur wenn hier die Handlung zur Privatsphäre objektiv gehört.

das objektive Merkmal der Zugehörigkeit des in Frage stehenden Geschäfts zum Rechtskreis des Geschäftsherrn³⁷⁹.

II.2.2. Besitzerwerb durch Stellvertreter

Es wurde bereits erwähnt, dass das gemeine Recht den Besitzerwerb immer als einen besonders wichtigen Fall der Stellvertretung behandelte. Noch der Erste Entwurf des BGB (§ 801) wollte die Regeln über die Stellvertretung bei der Abgabe von Willenserklärungen auf den Besitzerwerb entsprechend anwenden. Der Zweite Entwurf hat diese Vorschrift zwar gestrichen, die Möglichkeit einer Stellvertretung beim Besitzerwerb damit aber nicht grundsätzlich verneint: Die zweite Kommission verwies auf § 797a (§ 855 BGB entsprechend) als eine Möglichkeit der Stellvertretung beim Besitzerwerb. Die 2. Kommission stellte sogar fest: „Es sei aber nicht notwendig, dies ausdrücklich zu bestimmen, da auch ohne eine solche Bestimmung die Analogie nicht verkannt werden würde“³⁸⁰.

Der Systematik des im BGB verschafften Besitzrechts gemäß gelten §§ 164 ff aber nicht für Besitzerwerb durch Ergreifen tatsächlicher Gewalt einschließlich Übergabe (§ 854 I BGB)³⁸¹. Auch eine analoge Anwendung der Stellvertretungsvorschriften ist ausgeschlossen. Die Fremdwirkung der Erklärungen des Vertreters beruht auf der Willensautonomie. Der erklärte Wille des Handelnden entscheidet, ob ihn oder den Vertretenen die **Folgen der Erklärung** treffen. Die **Folgen der Besitz verändernden Handlungen** werden aber nicht durch Willenserklärungen, sondern durch die *tatsächliche Sachbeziehung* bestimmt: Stellvertretung beim Besitzerwerb im technischen Sinne scheidet also aus - abgesehen von § 854 II BGB.

II.2.2.A. Der Erwerb nach § 854 II BGB

Ebenfalls wurde bereits erwähnt, dass die **Einigung im Sinne des § 854 II** durch Stellvertreter erfolgen kann. Deren rechtsgeschäftliche Natur lässt die Anwendung der §§ 164 ff zu. Bei der Möglichkeit der Gewaltausübung scheidet aber die auf Willenserklärungen beschränkte Stellvertretung aus.

³⁷⁹ So zutreffend KRÜGER aaO - ähnlicherweise wie es also bereits oben im Text ausgeführt wurde.

³⁸⁰ PROTOKOLLE III, 33.

³⁸¹ So die hM: etwa RGZ 137, 26; BGHZ 18, 132; V. BRUNS, 85; WESTERMANN/GURSKY § 14 2; WOLFF-RAISER § 13 I 3, II.

„Die Willenserklärung zur Einigung kann ein bevollmächtigter Vertreter, wenn er innerhalb seiner Vertretungsmacht handelt, zweifellos für den Vertretenen abgeben. Der Eigenerwerbswille des Vertretenen liegt in der Vollmacht enthalten³⁸². Aber diese ganze Vertretung nützt nur dann etwas, wenn der Vertretene in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, wenn also der Vertretene selbst in seiner Person die zweite Voraussetzung des § 854 II erfüllt“³⁸³.

Die Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch einen Stellvertreter bedeutet deshalb nur dann Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch den Vertretenen, wenn der Stellvertreter zugleich Besitzdiener des Vertretenen ist - etwa der Einkaufsleiter eines Unternehmens erwirbt bestimmte Waren für ebendieses³⁸⁴.

„Der Grund dafür, dass dem Geschäftsherrn hier die tatsächliche Gewalt seiner Hilfsperson als eigene zugerechnet werden kann, liegt aber auch dann allein in der Besitzdienerstellung der Hilfsperson, die diese zum Instrument der Herrschaftsausübung des Geschäftsherrn macht, nicht in ihrer Rolle als Stellvertreter, die insoweit nur akzidentell ist“³⁸⁵.

Die Anführung schon dieses Umstandes dürfte genügen, um zu zeigen, dass der Besitzerwerb durch Vertreter in der Einigung nach § 854 II unter besonderen besitzrechtlichen Regeln steht, die nun auch weitere Abweichungen vom gewöhnlichen Stellvertretungsrecht bedingen.

„Es handelte sich hier um eine partielle Vertretung, bloß in der Einigung, nur um eine Art Mitwirkung zur Besitzbegründung. Ein besonderes alieno nomine agere ist dabei nicht notwendig: Es erwirbt der den Besitz aus der Einigung, auf den der objektive Sinn der Einigung hinweist“³⁸⁶.

³⁸² V. BRUNS, 94.

³⁸³ Ebd.

³⁸⁴ So WESTERMANN/GURSKY § 14 2; V. BRUNS aaO.

³⁸⁵ WESTERMANN/GURSKY aaO.

³⁸⁶ V. BRUNS, 95.

Die Person des Erwerbers wird dem Tradenten meist einerlei sein, wenn er nur seinen Kausalzweck mit der Besitzübertragung erreicht³⁸⁷. Hat der Vertreter nicht ausdrücklich den Sinn seiner Erklärung kundgegeben, so ergibt sich ebendieser aus Vertreters Kausalbeziehung zum Vertretenen. Aus dieser Beziehung geht hervor, wer von beiden den ‚Eigenerwerbswille‘ hat³⁸⁸. Lautet also das der Besitzübertragung zugrunde liegende Kausalverhältnis auf den Namen des Vertreters, will dieser aber direkt für den Vertretenen erwerben, so weist auf den letzteren die Einigung hin³⁸⁹.

„Immerhin wird die Person des eigentlichen Erwerbers hier meist offen genannt werden oder sich aus den Umständen ergeben wegen des Moments der Gewaltausübungsmöglichkeit und weil praktisch sehr oft ein Abholungsrecht des Erwerbers von Grundstücken oder aus Räumen des Tradenten eben in dieser Einigung eingeräumt zu werden pflegt, bei dem sich die Nennung des Erwerbers von selbst gibt. Erwirbt so der Vertretene unmittelbar Besitz, ohne dass der Tradent von seiner Person etwas weiß, so liegt darin dem letzteren gegenüber keine Unbilligkeit: Der Besitzherr erwirbt ebenfalls, wie sofort zu zeigen ist, durch eine Hilfsperson direkt Besitz, ohne dass dieses Verhältnis nach außen zutage tritt, auch im Fall der Besitzübertragung nach § 854 II an einen Besitzdiener. Dasselbe kann auch von einem Mittler gelten, der nicht selbst Besitzdiener, auch vielleicht gar nicht in der Lage ist, die Gewalt auszuüben“³⁹⁰.

II.2.2.B. Der Erwerb des mittelbaren Besitzes für den Vertretenen nach §§ 868, 870 BGB

a) § 868

Stellvertretung kann bei Begründung des mittelbaren Besitzes für den Vertretenen vorkommen, wenn der Vertreter die Einigung über die Begründung des (Rechts-)

³⁸⁷ Dazu vgl. RÜMELIN in AcP 93, 131 ff.

³⁸⁸ So V. BRUNS, 95.

³⁸⁹ Ist der Mittler selbst und nicht der Vertretene in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben oder ergibt der objektive Sinn der Einigung die Person des Mittlers als Erwerber, so kann derselbe dem Vertretenen unmittelbaren Besitz nur erwerben, wenn er als Besitzdiener des § 855 BGB handelt; sonst liegt höchstens die Begründung mittelbaren Besitzes für den Vertretenen aufgrund Auftrags nach § 868 vor - möglicherweise zum Zeitpunkt, wobei der Mittler selbst den unmittelbaren Besitz erlangt.

³⁹⁰ So V. BRUNS aaO.

Kausalverhältnis nach § 868 direkt auf den Namen des Vertretenen abschließt³⁹¹. Seinerseits aber muss das **Besitzmittlungsverhältnis**, als vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis **unabhängiges Lebensverhältnis**³⁹², vom Vertretenen selbst geschaffen werden, außer dass der Vertreter auch *Besitzdiener* des Vertretenen ist. Es gibt deshalb keine Stellvertretung i. e. S. bei Schaffung des Besitzmittlungsverhältnisses, weil es sich bei diesem auch um ein besitzrechtliches Verhältnis handelt (§ 868 i. V. m. § 854 I)³⁹³. Der Stellvertreter des Käufers einer Sache schließt beispielsweise einen Verwahrungsvertrag direkt für den Vertretenen oder er verpfändet eine Sache des Vertretenen in dessen Namen. Sofern es sich hier um Schuldverhältnisse handelt, kommen die allgemeinen Grundsätze der §§ 164 ff BGB zur Anwendung. Ein Stellvertreter, der nicht erkennbar im Sinne des § 164 für den Vertretenen handelt, wird also den mittelbaren Besitz zunächst für sich selbst begründen können und muss ihn dann auf den Vertretenen durch Abtretung nach § 870 oder durch Vereinbarung eines weiteren Besitzmittlungsverhältnisses nach §§ 868, 871 übertragen. In diesem Fall kommt ein vom Vertretenen selbst zu schaffendes Besitzmittlungsverhältnis nicht mehr in Betracht, selbst wenn auch der Vertreter sich in einem Besitzdienerverhältnis zum Vertretenen befindet, weil hier § 164 von vornherein fällt, was die Handlung des Vertreters im Rahmen des Besitzdienerverhältnisses ausschließt: Sie gehört vielmehr zu seiner Privatsphäre. Die Umstände selbst geben nicht (objektiv) zu erkennen, dass der Besitzerwerb in den Bereich des Abhängigkeitsverhältnisses gehört. ME folgt daher das entscheidende Kriterium hier vor allem aus § 164, nicht mehr aus § 855; also gibt § 164 in diesem Fall allein das Kriterium zur entsprechenden Anwendung - oder nicht - des § 855.

Die Gegenmeinung³⁹⁴, die im Fall, wobei der Vertreter Besitzdiener des Vertretenen ist, einen Besitzerwerb sofort zugunsten des Vertretenen (§ 855 analog) ansieht, obwohl der Vertreter selbst Gläubiger im Rechtsverhältnis geworden ist, muss sich daraus ergeben, dass dieses Verhältnis allein Besitz vermitteln kann.

Die Verschaffung des mittelbaren Besitzes für den Vertretenen – wohl unter den schon erwähnten Bedingungen – ist also ausgeschlossen, wenn der Vertreter das Kausalverhältnis (z. B. Miete, Verwahrung) auf eigenen Namen abgeschlossen hat. Jedoch bleibt folgendes zu

³⁹¹ Der hier zu behandelnde Fall unterscheidet sich deutlich vom stets behandelten Fall, wobei der Erwerber des unmittelbaren Besitzes als Besitzmittler des ‚Vertretenen‘ besitzen will; obwohl der hier in Frage kommende Fall der Stellvertretung im Ergebnis gleicht (vgl. etwa WESTERMANN/GURSKY aaO).

³⁹² So die hM – vgl. oben Fn. 212 und dazugehörigen Haupttext.

³⁹³ AM V. BRUNS, 96, aber deshalb ohne Recht, weil ders. das Besitzmittlungsverhältnis dem Rechtsverhältnis gleichstellt.

³⁹⁴ Etwa V. BRUNS, 96.

beachten: Wenn der Vertreter im Auftrag des Vertretenen etwa eine Sache des letzteren in eigenem Namen vermietet, so will BRUNS³⁹⁵,

dass im Zweifel dem Auftraggeber ohne weiteren auch mittelbaren Besitz neben dem des Beauftragten - also mittelbarer Besitz zweiten Grades nach § 871 - erworben werde, da zwischen Vertretenen und Vertreter das Auftragsverhältnis eine gültige Besitzvermittlungskausa im Sinne des § 868 darstelle.

Vom hier vertretenen Standpunkt aus ist V. BRUNS nicht zuzustimmen. Jedenfalls ist dies doch keine Stellvertretung mehr, sondern eben Besitzvermittlung.

Aus dem Wesen selbst des Besitzmittlungsverhältnisses ergibt sich, dass in der Tat eine *direkte* Verschaffung des mittelbaren Besitzes allein durch Stellvertreter ausgeschlossen ist, es sei denn, dass im konkreten Fall auch ein Besitzdienerverhältnis besteht.

b) § 870

Eine weitere Möglichkeit mittelbaren Besitz zu erwerben bietet § 870 dar. Nach dieser Regel kann der mittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird. Bereits aus dem Wortlaut ebendieser Vorschrift geht hervor, dass mittelbarer Besitz nicht notwendig auf jeden Erwerber eines solchen Herausgabeanspruchs übergehen muss, also dass dieser Herausgabeanspruch deshalb keine hinreichende Voraussetzung des mittelbaren Besitzes ist, weil er allein keinen Besitzmittlungsverhältnis schaffen kann³⁹⁶. Das ist vielmehr nur der Fall, wenn die Parteien ausdrücklich damit einverstanden sind, also auch wenn die Umstände (objektiv) ergeben, dass mit dem Herausgabeanspruch „auch die an den mittelbaren Besitz geknüpften Rechtsfolgen von dem Überlassenden auf den Erwerber übergehen, so dass infolge dieses Übergangs der Erwerber genau das ist, was früher der Überlassende war, nämlich mittelbarer Besitzer“³⁹⁷. Wie bereits oben gerechtfertigt wurde³⁹⁸, muss irgendwie ein ‚neues Besitzmittlungsverhältnis‘ geschaffen werden, da BGB gemäß das damals bestehende Besitzverhältnis als Ganzes nicht übertragbar ist.

³⁹⁵ V. BRUNS, 97.

³⁹⁶ Dazu oben zu Ziff. I.2.2.

³⁹⁷ So zutreffend STROHAL in JherJb 38, 60.

³⁹⁸ Ebenso oben zu Ziff. I.2.2.

Bei der Besitzübertragung nach § 870 ist natürlich Raum für die Stellvertretung: Der bevollmächtigte Vertreter kann also ‚unmittelbar‘ Besitz für den Vertretenen erwerben, wenn er sich vom Übertragenden den ‚Besitzvermittelnden‘ Herausgabeanspruch abtreten lässt und wenn anschließend der Vertretene ein tatsächliches Besitzmittlungsverhältnis begründet.

In der Tat, da dem hier vertretenen Standpunkt nach der Herausgabeanspruch von sich aus keinen Besitz vermitteln kann, gibt es keine ‚direkte‘ Schaffung des Besitzmittlungsverhältnisses durch die erwähnte Abtretung, ebenso wenig wenn diese durch Stellvertreter abgeschlossen wird. Selbst wenn man eine hypothetische Einigung bei Besitzübergang zulässt³⁹⁹, was hier für das Besitzrecht des BGB von vornherein verneint wurde, könnte es dem Vertreter nicht zustehen, mit dem Tradenten diese Besitzübertragungseinigung abzuschließen, da es sich bei ihr um keine i. S. des § 164 ff stellvertretungsfähige Willenserklärung, sondern nach der bereits erwähnten hM selbst um einen ‚naturellen‘ (Besitz-)Willen handelte.

Ist übrigens der Vertreter Besitzdiener, so verschafft er ohnehin auch den mittelbaren Besitz **direkt** seinem Dienstherrn - rein aufgrund seines internen Verhältnisses zu letzterem.

II.2.3. Die Bösgläubigkeit beim Besitzerwerb durch Hilfspersonen nach § 990 I BGB

Nach § 985 kann der Eigentümer von dem nicht zum Besitz berechtigten Besitzer die Sache herausfordern. Bei negativen Einwirkungen auf die Sache im Sinne des § 989 kann er von jenem bei Bösgläubigkeit im Sinne des § 990 I Schadensersatz verlangen. Da sich der gute Glaube üblicherweise auf das erstrecken muss, was der Erwerber erwerben wollte, erstreckt sich bei § 990 I der gute Glaube auf ein eigenes Recht zum Besitz, der gerade erworben wird⁴⁰⁰. Das kann ein Recht zum Eigen- oder Fremdbesitz sein, je nachdem welche Besitzart erworben werden sollte. Ein Recht zum Besitz fehlt dem Eigenbesitzer, wenn der Veräußere nicht Eigentümer ist, und ein gutgläubiger Erwerb vom Nicht-Berechtigten gem. §§ 932 ff ausscheidet; es fehlt dem Fremdbesitzer, wenn der Vertrag - auf den er seinen Besitz stützt - unwirksam ist, oder auf einer Stufe keine Befugnis zur Weiterüberlassung besteht.

³⁹⁹ So etwa V. BRUNS, 97 ff.

⁴⁰⁰ MÜNCHKOMM/MEDICUS § 990 Rn 3 – ebenfalls zum folgende.

Da sich der gute Glaube auf das eigene Recht zum Besitz beziehen muss, so muss derselbe bei demjenigen vorliegen, der den Besitz erwirbt. Wegen § 855, wobei dem Besitzdiener den Besitz ab- und dem Besitzherrn zuspricht, ist nur der Besitzherr Besitzer. Es kommt somit auf die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Besitzherrn hinsichtlich seines Rechts zum Besitz an. Erwirbt ebenderselbe den Besitz nicht durch eine eigene Handlung, sondern lässt er einen Besitzdiener für sich handeln, so kann er aber oft gar nicht die Umstände kennen, die für gegebenenfalls gegen sein Recht zum Besitz sprechen. Es kommt also die Frage an, ob dem Besitzer gegebenenfalls die Bösgläubigkeit der für ihn den Besitz erwerbenden Hilfsperson zu zurechnen ist.

Umgekehrt könnte auch ein Besitzherr auf den Gedanken kommen, sich auf die Gutgläubigkeit seines Besitzdieners beim Besitzerwerb zu berufen, um trotz eigener Bösgläubigkeit nicht nach § 989 zu haften zu haben.

II.2.3.A. Bösgläubigkeit von Hilfspersonen des Besitzers

Sehr umstritten ist, inwieweit beim Besitzerwerb durch Besitzdiener die Bösgläubigkeit ebendieser Hilfsperson dem Besitzer zugerechnet werden darf.

Diese Lage kann insoweit vorkommen, dass der Besitzherr im einzelne gar nichts von den Erwerbshandlungen eigens dafür angestellter Hilfspersonen weiß. Ebenso lag der Sachverhalt im bekannten Messgerätefall des BGH⁴⁰¹:

Ein Angestellter hatte zu einem ungewöhnlichen günstigen Preis Messgeräte eingekauft. Nachdem sie im Unternehmen des Besitzherrn weiterveräußert worden waren, stellte sich heraus, dass die Messgeräte aus einer Straftat stammten. Wegen § 935 I hat der Besitzherr nicht gutgläubig an ihnen Eigentum erwerben können. Da sie infolge der Weiterveräußerung nicht mehr nach § 985 an den Eigentümer herausgegeben werden konnten, stellte sich die Frage nach einem Schadensersatzanspruch gegen den Besitzherrn nach §§ 990 I, 989. Dazu hätte der in Anspruch genommene Besitzer, der Besitzherr, beim Besitzerwerb bösgläubig sein müssen. Der Besitzherr selbst wusste vom Erwerb nichts. Er war also gutgläubig. Fraglich war somit, ob ihm der böse Glaube seines Besitzdieners, der zumindest auf grober Fahrlässigkeit beruhte, zugerechnet werden konnte. Im Sinne der Bösgläubigkeitszurechnung doch bejahte der 8. Senat des BGH.

⁴⁰¹ BGHZ 32, 53 ff (Ergänzung zu BGHZ 16, 259).

In der breiten Diskussion, die ebendiese Entscheidung in der Literatur auslöste, ging man allgemein davon aus, dass eine Zurechnung der Bösgläubigkeit auf den Besitzherrn denkbar sein muss.

Umstritten war - und ist – doch nicht das konkrete Ergebnis des BGH, sondern lediglich, wie es zu begründen ist: Denn eine ausdrückliche Zurechnungsnorm für eine solche Konstellation enthält das BGB nicht.

Insbesondere sind folgende Regeln also *nicht direkt* anzuwenden:

- § 855 rechnet dem Besitzherrn nur die tatsächliche Gewalt, die sein Besitzdiener ausübt gegebenenfalls erwirbt, zu. Ob dem Besitzherrn ebenso das Wissen bzw. der Wille des Besitzdieners zuzurechnen sei, erklärt derselbe aber nicht;
- § 166 I knüpft an Willenserklärungen an⁴⁰²: Der Besitzerwerb nach § 854 I verlangt doch keine Willenserklärung;
- § 278 gilt grundsätzlich nur bei bereits bestehenden Schuldverhältnissen. Der Anspruch aus § 985 könnte ein solches Schuldverhältnis begründen: Der eine entsteht aber erst zum Zeitpunkt des Besitzerwerbs, wobei die Bösgläubigkeit des Besitzdieners dem Besitzherrn also bereits zugerechnet werden muss, und somit eben dieses schuldrechtliche, zum sorgfältigen Umgang verpflichtende Verhältnis entsteht;
- § 831 gibt dem Geschädigten einen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsherrn - der sich nicht exkulpieren kann - für den Schaden, den derjenige wegen des Verrichtungsgehilfen – nämlich aufgrund der Ausführung dessen Tätigkeit - erlitten hat. § 831 ist somit primär Anspruchsgrundlage⁴⁰³, doch keine Zurechnungsnorm.

Um das Fehlen einer Zurechnungsnorm auszugleichen, werden verschiedene Lösungsmöglichkeiten angeboten. In der Regel werden trotz dogmatischer Unterschiede gleiche Ergebnisse erzielt. Gleichwohl sind unterschiedliche Ergebnisse denkbar, je nachdem

⁴⁰² Gleichwohl wurde gelegentlich eine direkte Anwendung des § 166 I vertreten: So RG in SeuffA 79 (1925) Ziff. 186 bzgl. ‚Brucheisen-Fall‘ - was doch umstritten ist - vgl. dazu D. RABE, Bösgläubigkeit, 31 mit Verweisen zu Fn. 2. Jedenfalls hat das RG in RGZ 137, 23, 25 ff klargestellt, dass eine Stellvertretung i. S. des § 164 ff beim Besitzerwerb nicht möglich ist. Zur Literatur bzgl. früherer Stellungnahmen für eine direkte Anwendung des § 166 I vgl. RABE, 32 mwN; ebenso LAST in JherJb 63, 129 für eine direkte Anwendung des § 166 I aufgrund historischer Überlegungen.

⁴⁰³ Dazu Hk-BGB/STAUDINGER § 831 Rn 1.

sie den ‚Messgeräte-Fall‘⁴⁰⁴ bzw. den ‚Brucheisen-Fall‘⁴⁰⁵ nach unterschiedlichen Wegen durchlösen.

1. Die Bedeutung des Charakters der §§ 989 f für die Zurechnung

Ausgehend davon, dass ein Rückgriff auf die §§ 166, 278, 831 und 855, und damit auf vier unterschiedliche Normen aus vier unterschiedlichen Bereichen in Betracht kommt, ließe sich danach fragen, welchem der vier Bereiche die Haftung aus §§ 990 I, 989 zuzuordnen ist, um dann auf die Norm zurückzugreifen, die in diesem Bereich zurechnet. Maßstab wäre dann die Norm, bei der sich die Zurechnungsfrage stellt⁴⁰⁶.

Lässt sich feststellen, dass §§ 990, 989 deliktsrechtliche Normen sind, oder zumindest einen deliktsrechtlichen bzw. deliktsrechtähnlichen Charakter haben⁴⁰⁷, so liegt der Gedanke nahe, für die Zurechnung der Bösgläubigkeit auf § 831 zurückzugreifen⁴⁰⁸, sofern § 831 eine zurechnende Funktion hat. Lässt dieser Weg sich bestätigen, hätte § 855 als solcher zur Lösung des Problems nichts beigetragen. Die Besitzdienereigenschaft der Hilfsperson hätte sich nur insofern ausgewirkt, als sie ebenso wie der Status eines Verrichtungsgehilfen voraussetzt, und somit in der Regel das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals des § 831 sicherstellt.

Auf § 831 kann aber nur dann zurückgegriffen werden, wenn sich die beiden Prämissen bestätigen, nämlich:

- (1) §§ 989, 990 sind deliktsrechtliche Normen;
- (2) § 831 hat ebenfalls eine zurechnende Funktion.

Ad (1): Dass die §§ 990, 989 zumindest deliktsrechtähnlichen Charakter haben, ist zweifelhaft und deshalb heftig umstritten. Die Deliktsähnlichkeit wird folgendermaßen begründet: Ohne §

⁴⁰⁴ BGHZ 32, 53 ff.

⁴⁰⁵ RG in SeuffA 79 Ziff. 186.

⁴⁰⁶ Zum folgende vgl. ENDERS, 97 f.

⁴⁰⁷ So HECK, § 69 Ziff. 6; BAUR/STÜRNER § 5 Rn 15.

⁴⁰⁸ BIRK in JZ 1963, 354 f; WESTERMANN in JuS 1961, 79, 82 u. Fn. 12; SOERGEL/LEPTIEN § 166 Rn 16; MÜNCHKOMM/MEDICUS § 990 Rn 11 ff.

990 erfüllte der Besitzerwerb die Voraussetzungen des § 823 I. § 990 verdränge § 823 I und müsse schon deshalb dessen Rechtscharakter haben⁴⁰⁹.

Stillschweigend vorausgesetzt wird, jeder Fall des § 990 verwirkliche sonst § 823 I. Dies allerdings ist nicht richtig, wie z. B. folgender Fall zeigt: Hat eine freiwillige Besitzübergabe auf der Grundlage eines mit der Wirkung des § 142 I angefochtenen Grundgeschäfts stattgefunden, so liegt keine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 I vor. Selbst wenn der Besitzerwerber schon bei Übergabe der Sache den Anfechtungsgrund kannte, was ihn wegen § 142 II bösgläubig macht, verletzt er nicht rechtswidrig Besitz und eventuell Eigentum des Übergabenden. Denn bei Übergabe der Sache steht noch nicht fest, ob dieser sein Gestaltungsrecht ausüben wird.

Gegen eine Parallele zwischen §§ 989 f und § 823 I und ebenso gegen die deliktsrechtliche Natur der §§ 990, 989 spricht auch folgendes:

Bei §§ 989 f verwirklicht sich die Haftung in zwei Stufen: „Zunächst wird bösgläubig der unrechtmäßige Besitz erworben (§ 990 I) und dann wird negativ auf die so erworbene Sache eingewirkt“⁴¹⁰.

„Wird die deliktische Natur der Haftung nach §§ 990 I, 989 allein mit dem bösgläubigen Besitzerwerb begründet, verstößt das gegen das Zusammenspiel der §§ 990 und 989: Erst wenn er später negativ im Sinne des § 989 auf die Sache einwirkt, haftet der Besitzer. Der bösgläubige Besitzerwerb ist also nur eine Voraussetzung, nicht der Grund für die Haftung“⁴¹¹.

Die §§ 990, 989 sind dementsprechend keine deliktsrechtlichen bzw. deliktsrechtähnlichen Normen⁴¹².

Ad (2): Die Rechtsfolge des § 831 I 1 ist die Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn - nicht aber, dass sich der Geschäftsherr etwas zurechnen lassen müsste. „Immerhin könnte § 831 implizit dem Geschäftsherrn etwas zurechnen, nämlich das Verschulden des

⁴⁰⁹ BIRK in JZ 1963, 255; ähnlicherweise WESTERMANN in JuS 1961 82; doch anders WESTERMANN/GURSKY § 14 Ziff. 3.

⁴¹⁰ RAISER in JZ 1961, 26-27.

⁴¹¹ So ENDERS, 98.

⁴¹² Ebenso STAUDINGER/GURSKY § 990 Rn 46, doch mit anderen Argumenten.

Verrichtungsgehilfen“⁴¹³. „Doch muss letzterer nach der Auffassung des § 831 gerade nicht schuldhaft gehandelt haben“⁴¹⁴.

Zudem wäre eine Zurechnung von Verschulden auch überflüssig: Denn § 831 I vermutet, wie aus dessen Exkulpationsmöglichkeiten bei Satz 2 folgt, ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn, das ebendieser widerlegen kann, und sogar muss, um nicht zu haften.

§ 831 hat somit auch nicht implizit eine zurechnende Funktion, sondern ist ausschließlich eine eigene Anspruchgrundlage gegen den Geschäftsherrn. § 831 I eignet sich also nicht, um dem Besitzherrn die Bösgläubigkeit seines Besitzdieners zuzurechnen.

2. Suche nach einem Rechtssatz mit zurechnender Funktion

Überwiegend wird nicht danach gefragt, wo zugerechnet werden soll, sondern nach einer Norm gesucht, deren Rechtsfolge es leistet, was in dieser Konstellation erforderlich ist: Die Zurechnung von Bösgläubigkeit der Hilfsperson auf den Geschäftsherrn⁴¹⁵.

2.1. Analogie zu § 278

Obwohl § 278 eine Zurechnungsnorm ist, wird dessen analoge Anwendung anscheinend nicht mehr vertreten. Selbst RABE, der dem Besitzherrn die Bösgläubigkeit des Besitzdieners zurechnen will, weil der erstere eine Aufklärungsobliegenheit verletzt habe⁴¹⁶, will nicht § 278, sondern § 166 I analog anwenden⁴¹⁷, obwohl § 278 sonst bei Obliegenheitsverletzungen analog angewandt wird.

Dies scheint ebenso angemessen⁴¹⁸:

„Denn nach § 278 müsste dem Besitzherrn *immer* die Bösgläubigkeit seines Besitzdieners zugerechnet werden. Das würde ihn erheblich belasten. Eine Zurechnung kommt sicherlich nicht in Betracht, wenn der Besitzdiener nur aufgrund privater Kenntniserlangung bösgläubig

⁴¹³ BIRK aaO, 356.

⁴¹⁴ RABE, 29.

⁴¹⁵ Dazu deutlich vgl. HOCHÉ aaO, 75.

⁴¹⁶ RABE, 91 ff, 113, 132 ff, 140 ff, 146 ff, 152 ff.

⁴¹⁷ Ebd., 91, 123, 136, 161 f.

⁴¹⁸ Zum folgende vgl. ENDERS, 99.

geworden ist. Ebenfalls unangemessen ist eine Zurechnung, wenn der Besitzdiener genau nach Anweisung des Besitzherrn handelt“.

2.2. Rückgriff auf § 855

Ohne § 855 ausdrücklich analog anzuwenden, aber doch auf ihn gestützt, will HOCHÉ dem Besitzherrn die Bösgläubigkeit eines jeden Besitzdieners zurechnen⁴¹⁹.

Da § 855 die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners dem Besitzherrn zurechnet, bildeten beide bezüglich der tatsächlichen Gewalt eine ‚Einheit‘. Nur einer von ihnen müsse die tatsächliche Gewalt über die Sache ausüben, damit der Besitzherr als Besitzer anzuerkennen sei. Dieses Modell der Einheit überträgt HOCHÉ auf den subjektiven Bereich für die Frage der Gut- bzw. Bösgläubigkeit, für die derselbe eine gesetzliche Regelung vermisst, und demzufolge: Dem Besitzherrn schadet immer die Bösgläubigkeit seines Besitzdieners sowie immer dessen eigene Bösgläubigkeit, denn es genügt ja, wenn einer aus der Einheit ‚Besitzherr-Besitzdiener‘ bösgläubig ist.

Zweifel an der Einheitstheorie ergeben sich zunächst daraus, dass Besitzherr und Besitzdiener nicht immer als Einheit aufgefasst werden können, etwa dann nicht, wenn der Besitzherr vor dem Tun des Besitzdieners geschützt werden muss. So stehen dem Besitzherrn gegen die Wegnahme durch den Besitzdiener die Besitzschutzrechte zu. Die Frage, ob der Besitz aufgegeben oder verloren gegangen ist, bestimmt sich allein nach der Vorstellung des Besitzherrn. Der Besitzdiener kann dem Besitzherrn nicht gegen dessen Willen Besitz aufdrängen.

Die obengenannten Beispiele zeigen, dass es im subjektiven Bereich keine Einheit zwischen Besitzherrn und Besitzdiener gibt. Denkbar wäre noch, den Einheitsgedanken im subjektiven Bereich auf die Kenntnis und das Kennenmüssen zu beschränken. Dann bedürfte es aber einer Erklärung, warum gerade insoweit von einer Einheit auszugehen sein soll. Zudem sprechen gegen HOCHÉs Einheitslehre auch die bereits zuvor gegen eine Analogie zu § 278 dargelegten Bedenken gegen eine Zurechnung der Bösgläubigkeit eines **jeden** Besitzdieners.

Bei der Einheitstheorie HOCHÉs kann man zweifellos die Elemente der von SAVIGNY begründeten Geschäftsherrntheorie erkennen, wobei der letztere das Wesen der

⁴¹⁹ HOCHÉ aaO, 77; vgl. zum folgende ebenso: ENDERS, 100; RABE, 48 f.

Stellvertretung erklären wollte⁴²⁰. SAVIGNY sah den Stellvertreter als „Werkzeug“ des Vertretenen an: Bei den Handlungen und Entscheidungen des Vertreters kommt also der Wille des Vertretenen zum Ausdruck; der Vertreter ist der „verlängerte Arm“ des Geschäftsherrn. SAVIGNY betrachtet das Institut der Vertretung als eine Erleichterung des Rechtsverkehrs, „indem dadurch die juristischen Organe eines jeden dergestalt gleichsam vervielfältigt werden“⁴²¹.

HOCHE verwendet dementsprechend die gleichen Begriffen zur Erklärung der Einheit von Besitzdiener und Besitzherrn als dem ‚Besitzerwerb‘, die bereits den Vertretern der Geschäftsherrntheorie dazu dienen, deren Vorstellung vom Wesen der Stellvertretung zu erläutern. Wenn HOCHE auch den vollkommen selbständig mit eigener Entscheidungsbefugnis handelnden Besitzdiener als den „verlängerten Arm“ des Besitzherrn bezeichnet, so entspricht dem, dass für die Geschäftsherrntheorie die Unterscheidung zwischen Bote und Stellvertreter nicht existieren konnte. Selbst SAVIGNY entwickelte die Stellung des Stellvertreters vom Boten als „willenlosem Werkzeug“ bis zum Stellvertreter als Träger des Willens des Vertretenen⁴²².

2.3. Analogie zu § 166 I

Der § 166 I bietet sich zur Schließung der Lücke an, weil der sowohl die Kenntnis als auch das Kennenmüssen – nämlich, die Bösgläubigkeit - zurechnet. Die Ansicht, dass § 166 I direkt angewendet werden darf, ist anscheinend aufgegeben. Die Meinung des RG⁴²³, der Besitzdiener eines anderen handle als dessen Stellvertreter, wie er auch Stellvertreter im Besitz sei, und deshalb finde die Bestimmung des § 166 auf den Besitzerwerbenden Besitzdiener Anwendung, wird heutzutage - soweit ersichtlich - nicht mehr vertreten. Ebenso jeder Versuch, § 166 I analog anzuwenden, hat aber mit der Schwierigkeit zu kämpfen, die für die Analogie erforderliche Vergleichbarkeit der vorliegenden Konstellation mit dem eigentlichen Einsatzbereich des § 166 I zu begründen. Denn der Besitzerwerb nach § 854 I beruht doch nicht auf einem Rechtsgeschäft - und daher auf einer Willenserklärung -, sondern auf dem Erwerb der tatsächlichen Gewalt.

⁴²⁰ SAVIGNY, System Bd. III § 113; ders., Obligationenrecht Bd. II §§ 54-56 (Zit. nach RABE, 49).

⁴²¹ SAVIGNY, System III, 90 (Zit. nach RABE aaO).

⁴²² SAVIGNY, Obligationenrecht II, 56 f (Zit. nach RABE, 49).

⁴²³ RG in SeuffA 79 Ziff. 186.

Um besser beurteilen zu können, ob § 166 gleichwohl analog angewendet werden darf, seien eingangs Ziel und Voraussetzungen der Analogie vergegenwärtigt:

Die Analogie dient der Schließung von planwidrigen Lücken gemäß der Regelungsabsicht des Gesetzes⁴²⁴. Im Fall der Einzelanalogie besteht sie in der Übertragung der für einen Tatbestand im Gesetz vorgesehenen Regelung auf einen anderen, aber rechtsähnlichen Tatbestand⁴²⁵. Zwei Tatbestände sind dahin einander rechtsähnlich, wenn sie „infolge ihrer Ähnlichkeit in den für die gesetzliche Bewertung maßgebenden Hinsichten (...) *gleich zu bewerten* sind“. Um dies zu ermitteln, muss auf den Zweck und den Grundgedanken des Gesetzes zurückgegriffen werden.

Angewandt auf den Fall, wobei ein bösgläubiger Besitzdiener für deinen Besitzherrn den Besitz erwirbt, bedeutet es: „Zunächst muss sich aus der Regelungsabsicht und der immanenten Teleologie ergeben, dass die §§ 985 ff, 989 f, nicht *bewusst* den Fall des Besitzerwerbes durch einen bösgläubigen Besitzdiener unregelt lassen“⁴²⁶.

Bei §§ 990, 989 stoßen aber die Interessen von Eigentümer und Erwerber aufeinander⁴²⁷:

„Der Eigentümer kann z. B. infolge Untergangs seine Sache nicht mehr nach § 985 vom unberechtigten Besitzer erlangen. Für den Verlust seines Eigentums will er einen Ausgleich, d. h. Schadensersatz, haben. Der Erwerber der Sache kann von seinem fehlenden Besitzrecht z. B. als er Eigentum erwerben wollte und das daran scheiterte, dass die Sache nach § 935 I abhanden gekommen war, nichts gewusst haben. Unter Umständen hat er die Sache so strapaziert, als ob sie seine eigene wäre. Deshalb hält er eine Schadenersatzpflicht für unangebracht“.

Die §§ 987 ff versuchen dann die entgegengesetzten Interessen des Eigentümers und des Erwerbers auszugleichen. Die §§ 989 ff suchen zudem einen Ausgleich zwischen der Verlängerung des Eigentumsschutzes und dem Vertrauensschutz des Erwerbers⁴²⁸ wie folgt:

⁴²⁴ LARENZ, Methodenlehre, 358 f.

⁴²⁵ Ebd., 359, 365 ff ebenso zum folgende.

⁴²⁶ ENDERS, 101.

⁴²⁷ Ebd., 101-102.

⁴²⁸ ENDERS, 102; RABE, 94, 145, 170.

„Dazu stellen sie den Besitzerwerber dann von einer Haftung frei, wenn er beim Besitzerwerb gutgläubig war. Denn dann ist er schutzwürdig. Diese Privilegierung soll ihm nach § 990 I aber nicht zugute kommen, wenn er bösgläubig war (§ 990 I 1). Dasselbe gilt, wenn er nur Fremdbesitz erwerben wollte und deshalb wusste, dass er mit der Sache nicht nach Belieben verfahren durfte (sog. Fremdbesitzerexzess)“⁴²⁹.

Was bleibt dann von ebendiesem Interessenausgleich, wenn der Besitzherr einen Besitzdiener einsetzt?⁴³⁰

Um dies richtig zu beurteilen, ist zu berücksichtigen, wie sich der Einsatz des Besitzdieners gegenüber dem Alleinhandeln des Besitzherrn auswirkt.

Erwirbt der Besitzherr selbst die Sache, besteht die Möglichkeit, dass er beim Erwerb bösgläubig wird und dadurch die Haftungsprivilegierung der §§ 987 ff wegfällt. Setzt derselbe nun einen Besitzdiener ein, der diese Tätigkeit für ihn ausübt, so weiß er von dem ganzen Vorgang, dem Umfeld und dem Hintergrund, also von den Faktoren, die ihn bösgläubig machen können, um so weniger, je mehr Spielraum er der Hilfsperson einräumt. Im Extremfall, wenn die Hilfsperson völlig selbständig die Sache erwirbt, weiß er gar nichts.

Stellte man jetzt noch entsprechend dem Wortlaut des § 990 I allein auf das Wissen des Besitzherrn als des Besitzers ab, so bliebe die Kenntnis des Besitzdieners unberücksichtigt. Unberücksichtigt bliebe damit die Verlagerung der möglichen Kenntnisse vom Besitzherrn auf den Besitzdiener: „Durch den Einsatz eines Besitzdieners zum Besitzerwerb könnte der Besitzherr also das Risiko des Bösgläubigwerdens, das mit dem Besitzerwerb verbunden ist, ausschließen“⁴³¹.

Im Ergebnis käme der Einsatz selbständig handelnder Besitzdiener somit einer generellen Haftungsfreistellung des Besitzerwerbers gleich. Denn der Besitzherr selbst kann dank der Selbständigkeit der Besitzdiener gar nicht mehr bösgläubig werden. Durch den Einsatz selbständig handelnder Besitzdiener könnte also der Besitzherr die Risikoverteilung und die Wertung der §§ 987 ff einseitig zulasten des Eigentümers unterlaufen. Dieser

⁴²⁹ ENDERS aaO.

⁴³⁰ Zum folgende vgl. ENDERS, 102 f.

⁴³¹ RABE, 80.

ungerechtfertigte Vorteil aus der Arbeitsteilung ist von §§ 989 f nicht gewollt und deshalb zu vermeiden. Die Zurechnung der Bösgläubigkeit des Besitzdieners ist also aus den Gründen erforderlich, wie sie für den selbst handelnden Besitzerwerber in die §§ 987 ff eingegangen sind. Der Ausgleich der Interessen von Eigentümer und Besitzer, wie er in §§ 987 ff angelegt ist, ist unbeabsichtigt lückenhaft⁴³².

Ebendies hat der BGH zum Messgeräte-Fall doch mit einer weiteren Überlegung unterstrichen⁴³³: § 990 I verlängert den Schutz des Eigentümers. Wenn ein gutgläubiger Erwerb des Besitzherrn nach § 932 deshalb scheitert, weil ihm nach § 166 I der böse Glaube seines Stellvertreters bei der Einigung zugerechnet wird, muss ihm im Rahmen des § 990 I I dessen eigene Bösgläubigkeit, wenn er ebenso die Übergabe vornimmt, auch zugerechnet werden.

Im nächsten Schritt ist dahin zu untersuchen, ob der Abschluss eines Rechtsgeschäfts durch einen Stellvertreter ebenso wie der Besitzerwerb durch einen Besitzdiener hinsichtlich der maßgebenden, gesetzlichen Bewertung - die § 166 I zugrunde liegt - einander so ähnlich sind, dass beide Zustände für gleich zu erachten sind.

2.3.1. Rechtsähnlichkeit bei Selbständigkeit des Besitzdieners

Die Frage der erforderlichen Ähnlichkeit der beiden Tatbestände könnte sich nach der Stellung der Hilfsperson in den beiden Bereichen beantworten⁴³⁴. Der Stellvertreter hat Vollmacht erteilt bekommen: Er handelt also selbständig. Ein besonders wichtiges Kriterium zur Bestimmung, ob eine Hilfsperson Besitzdiener ist, ist hingegen ihre Weisungsgebundenheit. Dies spricht doch gegen die erforderliche Ähnlichkeit. Üblicherweise wird versucht, die letztere zu schaffen, indem nur die Bösgläubigkeit besonderer Besitzdiener, nämlich solcher, die eigenverantwortlich und selbständig den Besitz erwerben können, zugerechnet wird, denn die Stellung solcher Besitzdiener ist der der Stellvertreter ähnlich.

⁴³² Dass zum gerechten Ausgleich zwischen Interessen von Eigentümer und Erwerber eine Lücke zu schließen ist, zeigt sich deutlich bei den Formulierungen des BGH zum Messgeräte-Fall (in BGHZ 32, 53 ff): Die Zurechnung der Bösgläubigkeit „rechtfertigt sich“ (S. 56); eine „(...) gleiche Beurteilung zur Vermeidung von Unbilligkeit erforderlich ist“ (S. 57); „gerechterweise“ (S. 58). Ebenso wie der BGH vgl. RAISER in JZ 1961, 26, 27; ebenso BIRK in JZ 1963, 354, 356.

⁴³³ BGHZ 32, 59 f; vgl. auch RABE, 70, 145.

⁴³⁴ Zum folgende vgl. noch ENDERS, 104 f.

Bezüglich des Grades der Selbständigkeit besteht dabei allerdings Unsicherheit⁴³⁵. Zum Teil wird „vollkommene“ Selbständigkeit gefordert⁴³⁶, zum Teil nur „bloße“ Selbständigkeit⁴³⁷ und noch zum Teil nur eine „gewisse“ Selbständigkeit⁴³⁸. Jedenfalls aber scheint das Ziel zu sein, ebenso wie zwischen Bote und Stellvertreter auch *innerhalb* des Besitzdienerverhältnisses zu unterscheiden.

Die Gegner einer Zurechnung analog § 166 I kritisieren den Unterschied nach dem Grad der Selbständigkeit des Besitzdieners. Sie verweisen auf den Vertreter mit „gebundener Marschroute“⁴³⁹. Seine Vollmacht ist auf ein bestimmtes Handeln eingeschränkt. Sie sehen in ihm einen Vertreter ohne eigenen Spielraum, also ohne die Möglichkeit zu selbständigen Handeln. Sie halten deshalb das Kriterium der Selbständigkeit für untauglich, um die Rechtsähnlichkeit zwischen Vertreter und Besitzdiener zu beurteilen, denn es müsse selbst bei dem Punkt, mit dem verglichen werden soll, nämlich dem Stellvertreter, nicht immer vorliegen.

Damit verkennen sie jedoch die Abgrenzungslinie zwischen Stellvertreter und Bote. Auch ein Stellvertreter mit gebundener Marschroute muss irgendeine Entscheidung noch selbständig treffen können, und wenn es nur die ist, **ob** er überhaupt das Rechtsgeschäft abschließen soll.

Wer § 166 I analog bei der Zurechnung der Bösgläubigkeit anwenden will und dazu den Besitzdiener bezüglich der Entscheidungsfreiheit auf einer Stufe mit einem Stellvertreter sehen will, wird deshalb dieses gewisse (Mindest-)Maß von Eigenverantwortlichkeit ausreichen lassen müssen⁴⁴⁰.

Das erste Kriterium, das die Analogie zu § 166 I begründen soll, ist von § 164 I her entwickelt. Dieses Kriterium ist nicht aus § 855 oder dem Verhältnis des Besitzdieners zur Sache gewonnen und ebenso nicht von ihnen geprägt, denn, wenn innerhalb der Gruppe der Besitzdiener unterschieden wird, kann die Stellung als Besitzdiener kein Zurechnungskriterium sein. Dies bestätigt, dass es in der Tat nicht den Besitzdiener

⁴³⁵ Deshalb ist HOCHÉ aaO, 76, diesem Kriterium gegenüber kritisch.

⁴³⁶ So etwa der Leitsatz des BGH zum Messgeräte-Fall – vgl. dazu BGHZ 32, 53 ff.

⁴³⁷ RAISER in JZ 1961, 26, 27.

⁴³⁸ RABE, 171, 173.

⁴³⁹ BIRK in JZ 1963, 354, 356.

⁴⁴⁰ Ebenso diejenige, welche die Analogie zu § 166 immer bejahen, wenn der Besitzdiener das kausale Grundgeschäft als Stellvertreter abgeschlossen hat – vgl. etwa RABE, 170 f.

schlechthin, sondern nach Aufgaben und Kompetenzen sich unterscheidende Erscheinungsformen gibt.

Ob sich der selbst bösgläubige Besitzherr zu seinen Gunsten analog § 166 I auf die Gutgläubigkeit seines Besitzdieners berufen darf, erscheint zweifelhaft. Dies ist aber unter dem Gesichtspunkt, ob dem Geschäftsherrn die Bösgläubigkeit des Besitzdieners zugerechnet werden kann, nicht von Bedeutung. Die hM erlaubt es dem Besitzherrn nicht, sich auf die Gutgläubigkeit seines Besitzdieners zu berufen⁴⁴¹.

2.3.2. Keine die Analogie hindernden Umstände

Der Stellvertreter gibt eine eigene Willenserklärung ab. Dafür muss er zuvor den maßgeblichen Willen, der den angestrebten Erfolg herbeiführt, gebildet haben. Im Rahmen des Schutzes des Besitzherrn vor eigenmächtigem Handeln des Besitzdieners bei §§ 856, 858 ff und in der Frage des Schutzes vor aufgedrängtem Besitzerwerb hatte sich bis jetzt gezeigt: Nur der Besitzherr bildet den maßgeblichen Besitzwillen⁴⁴². Dieser Unterschied könnte trotz der soeben aufgezeigten Parallele einer Analogie entgegenstehen⁴⁴³.

Die Literatur versucht auf unterschiedlichen Wegen, solche Bedenken auszuräumen. Zum Teil wird versucht, den Einwand, § 166 I gelte für Rechtsgeschäfte und nicht für Realakte wie den Besitzerwerb, zu entkräften, indem auch in der Tätigkeit des Besitzdieners eine rechtsgeschäftliche Komponente erblickt, oder der Besitzdiener zumindest mit einem Besitzdienerwillen ähnlich dem Vertreterwillen versehen wird.

KIEFNER⁴⁴⁴ beispielsweise untersucht zunächst die Voraussetzungen für den bösen Glauben bei § 990 I 1 i. V. m. § 932 II. Zudem stellt derselbe ein Zusammenwirken von zwei Wissens- und einem Willenselement in der Person des Besitzerwerbers fest: Wer wissen soll, dass ihm kein Besitzrecht an seiner Sache zustehe (spezielles Wissensmoment der Bösgläubigkeit), müsse zunächst wissen (allgemeines Wissensmoment), dass er die tatsächliche Gewalt über

⁴⁴¹ BGHZ 16, 259, 263 f zum Bilder-Fall - aufgegriffen von BGHZ 32, 53, 55 zum Messgeräte-Fall; HOCHÉ aaO, 77; RAISER in JZ 1961, 26, 27; WESTERMANN/GURSKY § 14 Ziff. 3; MÜNCHKOMM/MEDICUS § 990 Rn 10; PALANDT/BASSENGE § 990 Rn 1; STAUDINGER/GURSKY § 990 Rn 50; RABE, 1 Fn. 3; ENDERS, 103, 105; ebenso wie diejenige, die dem Besitzherrn die Bösgläubigkeit des Besitzdieners analog § 831 zurechnen wollen – vgl. etwa BIRK in JZ 1963, 354, 357. Dazu vgl. noch folgendes im Text.

⁴⁴² Dazu vgl. ENDERS, 106.

⁴⁴³ WESTERMANN in JuS 1961, 79, 80 f.

⁴⁴⁴ In JA 1984, 189, 192.

die Sache erlange und das müsse er auch wollen – d. h. Besitzwille i. e. S.⁴⁴⁵ Da die Bösgläubigkeit also auf den beiden anderen, allgemeineren Elementen aufbaue, könne auch ein Besitzdiener nur bösgläubig sein, wenn die allgemeinen Wissens- und Willenselemente vorlägen⁴⁴⁶, und zwar, weil der Besitzdiener den Besitz für den Besitzherrn erwirbt, in der Form, dass er tatsächliche Gewalt bewusst für den Besitzherrn begründen will. Der Besitzdiener hat deshalb – und insofern erweitert KIEFNER anscheinend die Tatbestandsvoraussetzungen des § 855 – mit Besitzdienerwillen gehandelt⁴⁴⁷. Dadurch hat KIEFNER ebenfalls die Parallele und Vergleichbarkeit zum Stellvertreter, die er bereits in Aussicht gestellt hatte, geschaffen. Denn auch die Bösgläubigkeit des Vertreters, die dem Vertretenen nach § 166 I zugerechnet werde, sei „ein *spezielles* Moment des Vertreterbewusstseins“, das auf der *allgemeinen* Grundlage des *Vertreterwillens* und – *Wissens*“ aufbaue⁴⁴⁸. Die Voraussetzungen eines willentlich Fremdwirkenden Besitzdienerhandelns seien also denen stellvertretenden Handelns ähnlich⁴⁴⁹.

KIEFNER stellt also die Voraussetzungen für einen Besitzdiener auf, dass jener einem Stellvertreter ähnlich wird. Dadurch bestehen keine Unterschiede zwischen Stellvertreter und Besitzdiener, die die Analogie zu den Vertretungsregeln ausschließen. Mittelbar ist somit das Institut ‚Besitzdiener‘ für die Frage der Zurechnung bei § 990 I von Bedeutung. Zwar fungiert § 166 I als Zurechnungsnorm, aber der kann deshalb analog angewandt werden, weil ein Besitzdiener, der den Besitz für den Geschäftsherrn erwirbt, im subjektiven Bereich strukturell eben dieselben Voraussetzungen aufweist wie ein Stellvertreter – nämlich allgemeines Wissen und (Besitz-)Wille⁴⁵⁰, und noch spezielle Kenntnis von gewissen Umständen. Anders als beim Vertreter müssen dieselben sich inhaltlich auf die tatsächliche Gewalt erstrecken. Das Institut ‚Besitzdiener‘ eröffnet somit wegen seiner (angeglichenen) Tatbestandsähnlichkeit den Weg zur analogen Anwendung des § 166 I.

Gegen KIEFNERS Forderung nach einem Besitzdienerwillen, um die Zurechnung analog § 166 I besser begründen zu können, spricht allerdings eine Betrachtung für den Fall, wobei dem Besitzdiener der Besitzdienerwille fehlt. Ebenso wie zum Kinoplatzanweiserin-Fall bereits

⁴⁴⁵ Ebd., 190 linke Sp.

⁴⁴⁶ Ebd., 190 f

⁴⁴⁷ Ebd., 191 linke Sp. Ebenso wie einige Autoren bereits vor KIEFNER – vgl. dazu RABE, 36 mwN.

⁴⁴⁸ KIEFNER aaO, 189, 192 rechte Sp.

⁴⁴⁹ Ebd., 192 rechte Sp.

⁴⁵⁰ Dadurch weicht KIEFNER natürlich von der hM ab – vgl. zur hM etwa RAISER in JZ 1961, 26, 27; besonders krass gegenüber ähnlichen früheren Versuchen vgl. RABE, 38.

ausgeführt⁴⁵¹, bejaht KIEFNER dann einen Besitzerwerb des Besitzherrn, solange der Besitzdiener seinen Willen, für sich zu besitzen, doch nicht nach außen hin klar zum Ausdruck gebracht hat - d. h. der Besitzherr erwirbt also trotz fehlenden Besitzdienerwillens den Besitz. Was nun, wenn der Besitzdiener nicht nur dem Besitzherrn die Sache vorenthalten wollte, sondern auch bösgläubig im Sinne der §§ 932 II, 990 I 1 war? Da der Besitz dem Besitzherrn zusteht, möchte man ihm auch die Bösgläubigkeit seines Besitzdieners zurechnen. „Das dürfte aber kaum zu begründen sein, wenn die Zurechnung der speziellen Kenntnis vom Vorliegen des allgemeinen Besitzdienerwillens abhängig gemacht wird und letzterer fehlt“⁴⁵².

KIEFNERS These, dass es das spezielle Wissen der Bösgläubigkeit nur geben könne, wenn auch das allgemeine Wissen um die Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft vorhanden ist, mag als psychologische Beschreibung einer Situation, in der nur **eine** Person handelt, zutreffen. Zweifelhaft ist aber, ob dem Besitzherrn nur dann die Bösgläubigkeit des arbeitsteilig eingesetzten Besitzdieners zugerechnet werden kann, wenn sein allgemeines Wissen und sein Besitzdienerwille von Bedeutung sind. „Es erscheint nämlich nicht möglich oder unlogisch oder juristisch unpraktikabel, aus mehreren subjektiven Elementen nur bestimmte, hier die Bösgläubigkeit, herauszugreifen und dem Besitzherrn zuzurechnen“⁴⁵³.

Unabhängig von diesen Einwänden muss man sich - folgt man KIEFNER - dessen Ziel bewusst bleiben. KIEFNER will nur dann die analoge Anwendung des § 166 I begründen. Derselbe fordert doch keinen Besitzdienerwillen, wobei eine Hilfsperson als Besitzdiener angesehen werden kann. Ein Besitzdienerwille oder gegebenenfalls die Bildung des Besitzwillens durch die Hilfsperson für den Geschäftsherrn ist daher nicht erforderlich, um dessen Besitzerwerb zu bejahen.

Man muss sich also immer vor Augen halten, dass sich nur um Überlegungen handelt, die zur Lösung eines bestimmten Problems bei dem Einsatz eines Besitzdieners beitragen sollen. Ob KIEFNERS Forderung nach einem Besitzdienerwillen erforderlich ist, hängt denn davon ab, ob es noch andere Überlegungen gibt, mit denen aufgezeigt werden kann:

„Der eigentliche Einsatzbereich des § 166 I, die Willenserklärung, und der neue Einsatzbereich, § 990, der vom Realakt des Besitzerwerbes

⁴⁵¹ Vgl. oben Fn. 316 und dazugehörenden Haupttext.

⁴⁵² ENDERS, 108.

⁴⁵³ ENDERS, 108.

geprägt ist, sind nicht so unterschiedlich, dass eine Übertragung der Rechtsfolge des § 166 I ausgeschlossen ist⁴⁵⁴.

Ebenso zeigt RABE auf⁴⁵⁵, dass § 166 I anders als der historische Gesetzgeber des § 166 I intendierte⁴⁵⁶, zumindest bezüglich der **Wissenszurechnung** nicht logische Folge der Stellvertretung, und damit für andere Konstellationen offen ist⁴⁵⁷.

Rita WETZEL⁴⁵⁸ zerlegt die Willenserklärung in zwei selbständige Teile: Die Willensbildung und das damit verbundene Wissen⁴⁵⁹.

„Die Willensbildung und daraus resultierende durch Auslegung zu bereinigende Unklarheiten und Willensmängel können nur dann den Geschäftsherrn treffen, wenn die Hilfsperson für ihn den Willen gebildet hat, wie es der Stellvertreter bei Rechtsgeschäften tut. Diese Besonderheiten gelten nicht für Wissen. Deshalb kann Wissen nach WETZEL im Gegensatz zur Ansicht des historischen Gesetzgebers unabhängig von der Willenserklärung zugerechnet werden. Demzufolge kann das Wissen von der Willenserklärung abgekoppelt und weitergehend als ein Willensmangel zugerechnet werden“⁴⁶⁰.

Hier ist noch einmal die Stellung des BGH zum Messgeräte-Fall⁴⁶¹ zu erwähnen: Dem 8. Senat des BGH gemäß habe der Besitzherr den bösgläubigen Erwerb vielmehr in einer ihm die Verantwortung aufbürdenden Weise veranlasst, wenn er den Besitzdiener vollkommen selbständig im Rechtsverkehr für sich habe handeln lassen, so dass die Besitzergreifung durch den Besitzdiener im Rahmen einer ihm vom Besitzherrn zur freien Entscheidung zugewiesenen Tätigkeit geschehe. Auch bei dieser Konstellation sei deshalb in entsprechender

⁴⁵⁴ ENDERS, 109.

⁴⁵⁵ RABE, 56-70, insb. S. 63 u. Fn. 3.

⁴⁵⁶ Vgl. dazu MOTIVE I, 226.

⁴⁵⁷ Ebenso KIEFNER aaO, 192 r. Sp., welcher § 166 I aus der „allzu positivistischen Bindung an die Willenserklärung“ lösen will, und dafür auf die Entstehungsgeschichte des Besitzrechts insbesondere § 801 des 1. Entwurfes des BGB zurückgreift (vgl. noch KIEFNER, 194 f); ebenso wie KIEFNER, aber jüngst vgl. WIELING § 4 IV 2 a; vgl. auch dazu PROTOKOLLE III, 33.

⁴⁵⁸ WETZEL, Die Zurechnung des Verhaltens Dritter bei Eigentumsstörungstatbeständen, Tübingen 1971, 39, 71 (*Zit. nach* ENDERS, 109).

⁴⁵⁹ Ebenso RABE, 61 ff, 64 ff.

⁴⁶⁰ ENDERS, 109.

⁴⁶¹ BGHZ 32, 58.

Anwendung des § 166 I die Bösgläubigkeit seines Besitzdieners dem Besitzherrn wie eigene zuzurechnen⁴⁶².

Demzufolge ist im Anschluss an die **hM** zu schließen⁴⁶³, dass die Bösgläubigkeit eines Besitzdieners dem Besitzherrn analog § 166 I zugerechnet werden kann. Die maßgebende Wissenszurechnung ist doch nur bei solchen Besitzdienern möglich, die eine *einem rechtsgeschäftlichen Stellvertreter vergleichbare freie Stellung* haben, die also befugt sind, die Verlässlichkeitsgrundlagen eigenverantwortlich zu prüfen. Ebendiese Voraussetzung ist vor allem immer dann als erfüllt anzusehen, wenn die Besitzübertragung durch Übergabe an den Besitzdiener in Vollzug eines vom Besitzdiener gleichzeitig in wirksamer Stellvertretung für den Geschäftsherrn abgeschlossen, etwa auf Eigentumserwerb oder Begründung eines Besitzrechtsverhältnisses für den letzteren gerichteten Rechtsgeschäfts erfolgt. Hier ist bereits wegen des Sachzusammenhangs eine Parallelbehandlung der Wissenszurechnung beim Rechtsgeschäft und beim Realakt des Besitzerwerbs geboten; die Bösgläubigkeit des Besitzdieners bzw. Stellvertreters muss ebenso wie für § 932 auch für § 990 dem Geschäftsherrn angelastet werden, selbst wenn der Besitzdiener nicht „vollkommen selbständig“⁴⁶⁴ über den Erwerb entscheidet, sondern als Vertreter mit gebundener Marschroute die bereits vom Vertretenen selbst, endgültig getroffene Entscheidung für den Erwerb der Sache lediglich verwirklicht. Ebendieser Umstand schließt doch nicht aus, dass man sich außerhalb der Fälle des Besitzerwerbs durch einen zugleich rechtsgeschäftlich als Stellvertreter handelnden Besitzdiener für die analoge Anwendung des § 166 I am Normalfall des mit erheblichem Entscheidungsspielraum ausgestatteten Stellvertreters orientiert.

II.2.3.B. Besitzerwerb durch einen gutgläubigen Besitzdiener bei eigener Bösgläubigkeit des Besitzherrn

Ganz überwiegend geht man davon aus, dass die eigene Bösgläubigkeit des Besitzherrn ebendiesem auch im Fall der Gutgläubigkeit des für ihn handelnden Besitzdieners schadet⁴⁶⁵.

⁴⁶² Diese Entscheidung wird zustimmend referiert in BGHZ 41, 17, 21 f und BGHZ 55, 307, 311.

⁴⁶³ Vgl. etwa BGHZ 32, 53, 58; WOLFF-RAISER § 13 II; FLUME, AT II 875 Fn. 42; STAUDINGER/GURSKY § 990 Rn 48; WESTERMANN/GURSKY § 14 3; WESTERMANN/PINGER § 32 II 2 c; SOERGEL/MÜHL § 990 Rn 19; MÜNCHKOMM/SCHRAMM § 166 Rn 32; RGRK/PIKART § 990 Rn 21; RAISER in JZ 1961, 27 ff; KIEFNER in JA 1984, 189, 193; RABE, 160 ff; ENDERS, 110 f.

⁴⁶⁴ So zu BGHZ 32, 58.

⁴⁶⁵ Zum folgende vgl. STAUDINGER/GURSKY § 990 Rn 50-53.

Die hM⁴⁶⁶ ist also in diesem Schritt vorzugswürdig: Die Nachforschungsobliegenheiten, deren Erfüllung Voraussetzung für das durch § 993 I HS. 2 gewährte Haftungsprivileg sind, treffen nun einmal nach der Regelung des § 990 I den Besitzerwerber selbst - er kann sich denselben nicht einfach durch die Einschaltung von Hilfspersonen entziehen.

Zwar muss etwa ein Unternehmer – der ja nicht bei jedem Besitzerwerb die zur Vermeidung der Haftung aus § 990 I 1 notwendigen Nachforschungen selbst anstellen kann, die Möglichkeit haben, diese Erkundigungen auf Hilfspersonen zu übertragen. Aber dann muss er wenigstens bei der Auswahl, Anleitung und Überwachung dieser Hilfspersonen die gebotene Sorgfalt walten lassen. Unterläuft ihm insoweit ein gravierender Sorgfaltsverstoß, der die Schwelle grober Fahrlässigkeit erreicht, so macht ebendieser ihn bei dem später durch seinen Besitzdiener vollzogenen Erwerb unrechtmäßigen Besitzes jedenfalls dann bösgläubig, wenn ein ordnungsgemäß ausgewählter, instruierter und überwachter Besitzdiener den Mangel der Besitzableitung erkannt und vom Besitzerwerb deshalb Abstand genommen hätte.

Der Bezugspunkt der Bösgläubigkeit wird durch diese eben getroffene Feststellung nicht verändert: Der Unterschied zu den ‚Normalfällen‘ des grob fahrlässig unrechtmäßigen Besitzerwerbs liegt vielmehr allein darin, dass der Sorgfaltsverstoß bereits längere Zeit vor dem fraglichen Besitzerwerb erfolgt.

Dagegen ist der Besitzherr nicht schon deshalb bösgläubig, weil er im Zeitpunkt des von seinem Besitzdiener in eigener Verantwortung gutgläubig herbeigeführten Besitzerwerbs die Umstände kannte, die gegen die Möglichkeit einer Eigentumserlangung oder wirksamen Besitzrechtsableitung vom Besitzdiener sprachen. Die Unkenntnis des Besitzherrn vom Besitzerwerb selbst impliziert natürlich auch Unkenntnis von der Erlangung unrechtmäßigen Besitzes und der Vorwurf grober Fahrlässigkeit könnte wiederum nur darauf beruhen, dass er seinen Besitzdiener nicht über die fraglichen Umstände informiert hat. Er würde zumindest voraussetzen, dass die Möglichkeit eines Erwerbes der fraglichen Sache durch den nichtsahnenden Angestellten nicht nur eine ganz entfernte war, sondern für den Besitzherrn sozusagen auf der Hand lag, von ihm schon bei einfachsten Überlegungen in Betracht gezogen werden musste.

So etwa in stark gegliederten *Großbetrieben* schwächt sich nach all dem die eigene Erkundigungsobliegenheit des Unternehmers ab zur Verpflichtung, eine angemessene

⁴⁶⁶ Nachweise oben zu Fn. 441.

Prüforganisation zu schaffen und diese zu überwachen. Hierzu gehört auch die Besorgung eines zwischen den beteiligten Unternehmensteilen bzw. Angestellten notwendigen *Informationsaustausch*, damit nicht die eine Abteilung ahnungslos den Besitz einer Sache erwirbt, obwohl einer anderen Einheit der Unternehmensorganisation die einer wirksamen Besitzrechtsableitung entgegenstehenden Umstände bekannt sind⁴⁶⁷. Wird hiergegen verstoßen und ist die über den Besitzerwerb entscheidende Person nur deshalb gutgläubig, so darf sich das Unternehmen auf ihren guten Glauben nicht berufen.

Nach hM ist beim Besitzerwerb durch einen gutgläubigen Besitzdiener die verschärfte Haftung aus § 990 I 1 auch noch dadurch zu entstehen, dass der Besitzerherr im Augenblick seiner Kenntnisnahme vom Besitzerwerb die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes infolge grober Fahrlässigkeit nicht erkennt⁴⁶⁸. Diese Meinung ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit dagegenzuhalten⁴⁶⁹:

„Die gesetzliche Regelung, dass dem Besitzer nach Abschluss des Besitzerwerbes nur positive Kenntnis schadet, ist nur dann korrekturbedürftig, wenn bei Besitzerwerb selbst infolge der noch fehlenden Kenntnis des neuen Besitzers von seinem Erwerb eine Prüfung der Besitzberechtigung gar nicht stattfinden kann. Soweit der Besitzdiener aber über das Ob des Besitzerwerbs in eigener Verantwortung entschied und somit auch die dem Besitzerherrn im Hinblick auf § 990 I 1 obliegenden Nachforschungen für den Besitzerherrn zu vollziehen hatte, besteht kein Anlass, den Geschäftsherrn wegen eigener grober Fahrlässigkeit bei der nachträglichen Kenntniserlangung vom Besitzerwerb entgegen § 990 I 2 der verschärften Haftung zu unterwerfen“.

Aus dem Gesichtspunkt der gerechten Interessenabwägung ist jedoch der obengenannten hM beizutreten, insbesondere wenn *nach Sachlage* eine Verpflichtung besteht, die Berechtigung des Besitzvorgängers nachzuprüfen.

⁴⁶⁷ Dazu WETZEL, Die Zurechnung, 78 (Zit. nach STAUDINGER/GURSKY § 990 Rn 52) - vgl. oben zu Fn. 458.

⁴⁶⁸ Vgl. etwa BGHZ 16, 259, 264; WIELING § 12 II 3 c; HOCHÉ in JuS 1961, 77; ebenso WESTERMANN in JuS 1961, 82; MÜNCHKOMM/MEDICUS § 990 Rn 13; PALANDT/BASSENGE § 990 Rn 3; RGRK/PIKART § 990 Rn 22.

⁴⁶⁹ Zum folgende vgl. STAUDINGER/GURSKY § 990 Rn 53.

„Denn hier könnte die ausschließliche Berücksichtigung der zur Zeit des Besitzererwerbs vorliegenden Umstände und eine daraus folgende Beschränkung der Haftung des zunächst gutgläubigen Besitzherrn auf die Fälle der nachträglichen Erlangung positiver Kenntnis (§ 990 I 2) zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung gerade derjenigen Besitzer führen, die es sich leisten können, von zahlreichen Besitzdienern umgeben zu sein, damit also insbesondere zu einer vom Gesetzeszweck her keineswegs gerechtfertigten Entlastung von *Großunternehmen*, die sich auf diesem Weg von einer sonst für den Zeitpunkt des Besitzererwerbs gebotenen Prüfung frei zeichnen könnten“⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ RGRK/PIKART § 990 Rn 22.

ABSCHLUSSBETRACHTUNG

Die traditionelle Lehre des Besitzererwerbs durch Hilfspersonen findet deren Spuren zwar beim gemeinen bzw. römischen Recht, die Zeit entlang hat sie sich aber zu einer typologischen bzw. typusbegrifflichen Dogmatik entwickeln lassen.

Die heutige Rechtsgelehrsamkeit versucht für die Auffassung des Besitzererwerbs durch Hilfspersonen zubildende Rechtsgrundlagen vielmehr von den konkreten Verhältnissen zwischen Auftraggebern bzw. Besitzherren und Auftragnehmern bzw. Besitzdienern her zu verschaffen, so dass im BGB die Rechtsausleger bzw. –Anwender nach den anpassungsfähigsten Anknüpfungspunkten für die Regelung des Sachverhalts suchen – so etwa der umstrittenen Grenzfällen, wobei sich die Konturen bezüglich der Zurechnung des Besitzererwerbs und gegebenenfalls der Gut- bzw. Bösgläubigkeit dessen Erwerb nicht immer eingängig erkennen lassen.

Die Rechtslehre ist deswegen zum Wende verpflichtet gewesen, weil sich der Rechtstatbestand des Besitzererwerbs durch eine Hilfsperson gemäß dem beharrlichen Vorbild des gemein(römisch)rechtlichen Dieners nicht lückenlos hat bilden lassen. Ein solcher Rechtstatbestand ist je nach den Umständen im Einzelfall zu bestimmen, nämlich die Besitzdienerschaft ist vor allem der Verkehrsanschauung nach oder jedenfalls Sachverhaltskonform auszulegen. Deren gesetzliche Konturen sind dementsprechend unter den konkreten Umständen darzustellen, wodurch die Regeln des BGB lediglich den Rahmen für die Rechtsauffassung des Anweisungs- bzw. Dienerschaftsverhältnisses und gegebenenfalls die Bestimmung der Besitzeszurechnung bei dessen Erwerb durch eine Hilfsperson typologisch anbieten.

LITERATURVERZEICHNIS

[Die Rechtsquellen sind mit (*) gekennzeichnet]

- ARAVANTINUS, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht, in JherJb 48 (1904), 101.
- BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, 17. Aufl. München 1999.
- BEKKER, E. I., Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung, Berlin u. Leipzig 1910.
- BERGFELD, Vortrag: Savigny und Donellus, in Jus Commune 8 (1979), 23.
- BGB*, Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.
- BIRK, Ludwig, Bösgläubiger Besitzdiener – gutgläubiger Besitzer?, in JZ 1963, 354.
- BOLZE, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. I, Leipzig 1886.
- BORK, Allgemeiner Teil des BGB, Tübingen 2001.
- BRUNS, Carl Georg, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848.
- BRUNS, Viktor, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910.
- CORPUS IURIS CIVILIS, DIGESTA*, vol. I, edd. Th. MOMMSEN/Paul KRÜGER, 12. Aufl. Berlin 1911.
- DERNBURG, Das Bürgerliche Recht, Bd. III, 3. Aufl. 1904.
- DERNBURG/SOKOLOWSKI, Pandekten, Bd. I, 8. Aufl. Berlin 1911.
- DRAGANESCO, George, Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter, Berlin 1916.
- ENDEMANN, Wilhelm, Die Beweislehre des Zivilprozesses (1860), Neudruck Aalen 1973.
- ENDERS, Peter, Der Besitzdiener – Ein Typusbegriff, Baden-Baden 1991.
- FLUME, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. I 1, 3. Aufl. 1979.
- GIERKE, Julius v., Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1959.
- GIERKE, Otto v., Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1899.

- GOLDSCHMIDT, Levin, Grundlagen der Besitzlehre (1884), in Vermischte Schriften, Bd. I, Berlin 1901.
- HECK, Grundriß des Sachenrechts, 1930.
- HEDINGER, System des Besitzrechts, Bern 1985.
- HELLWIG, K., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig I, 1903; II, 1907; III, 1908-1909; Neudruck Aalen 1968.
- HOCHE, Besitzerwerb und Besitzverlust durch Besitzdiener, in JuS 1961, 73.
- Hk-BGB, BGB Handkommentar, 1. Aufl. 2001 (zit.: Hk-BGB/BEARBEITER).
- ISHIKAWA, Die Gewere im Sachsenspiegel, in Festschrift Hans Thieme, Sigmaringen 1986, 59.
- JHERING, Der Besitzwille, Jena 1889.
- JOOST, Besitzbegriff und tatsächliche Sachherrschaft, in Gedächtnisschrift Dietrich Schultz, Köln u. a. 1987.
- JÖRS/KUNKEL, Römisches Privatrecht, 2. Aufl. Berlin 1935.
- KASER, Das römische Privatrecht, 2. Aufl., I, 1971; II, 1975.
- KIEFNER, Hans, Der bösgläubige Besitzdiener, in JA 1984, 189.
- KOHLER, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II 2, Berlin 1919.
- KRELLER, Römisches Recht, Bd. II, Wien 1950.
- KREß, Besitz und Recht, 1909.
- KRÜGER, Wolfgang, Erwerbszurechnung kraft Status, Berlin 1979.
- KUNKEL, Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin u. a. 1987 (zit.: KUNKEL/BEARBEITER).
- KUNKEL, Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel, Leipzig 1935.
- KUNZE, Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf von Ihering, Leipzig 1890.
- LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. Berlin u. Heidelberg 1983.
- LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997.
- LAST, Fragen zur Besitzlehre, in JherJb 63 (1913), 71.
- LENEL, Stellvertretung und Vollmacht, in JherJb 36 (1896), 1.

- MANIGK, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901.
- MARX, Karl, Das Kapital, Stuttgart 1957.
- MEDICUS, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadenersatz, in AcP 165 (1965), 115.
- MEISCHEIDER, Emil, Die alten Streitfragen, Berlin u. Leipzig 1889.
- MITTEIS/LIEBERICH, Deutsches Privatrecht, 8. Aufl. 1978.
- MOTIVE* zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888; abgedruckt ebenso zu MUGDAN.
- MUGDAN*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899.
- MÜLLER-ERZBACH, Das Recht des Besitzes aus der vom Gesetz vorausgesetzten Interessen- und Herrschaftslage entwickelt, in AcP 142 (1936), 5.
- MÜLLER, Klaus, Sachenrecht, 2. Aufl. 1989.
- MÜNCHENER KOMMENTAR zum BGB, 3. Aufl. 1997 (zit.: MÜNCHKOMM/BEARBEITER).
- MUSIELAK, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin 1975.
- OLIVECRONA, Three Essays in Roman Law, Lund 1949.
- PALANDT, BGB, 60. Aufl. 2001 (zit.: PALANDT/BEARBEITER).
- PLANCK, Plancks Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1907; 4. Aufl. 1920 (zit.: PLANCK/BEARBEITER).
- PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, Bd. I, Campinas 1999; Bd. X, São Paulo 1983.
- PONTES DE MIRANDA, Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 16 (1922-23), 522.
- PROTOKOLLE* der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, hrsg. im Auftrag des Reichs-Justizamtes, Bd. III, 1897-1899; abgedruckt ebenso zu MUGDAN.
- PRZIBILLA, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, in JherJb 50 (1906), 323.
- RAAPE, Leo, Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem BGB, Diss. Bonn 1901.
- RABE, Dieter, Die Behandlung der Bösgläubigkeit des Besitzdieners beim Besitzerwerb in § 990 BGB, Diss. Hamburg 1970.

- RABEL, Grundzüge des römischen Privatrechts, in HOLTZENDORFF–KÖHLER, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. I, Berlin u. Leipzig 1915.
- RAISER, Ludwig, Anmerkung zu BGH, in JZ 1961, 26.
- RANDA, Der Besitz nach oesterreichischem Recht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, 2. Aufl. 1876.
- REGELBERGER, Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen, in JherJb 44 (1902), 393.
- RGRK, Das BGB Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 12. Aufl. 1977 (zit.: RGRK/BEARBEITER).
- ROHDE, Studien zum Besitzrecht, XIX (1909), XXI (1907), XXII (1913).
- RÜMELIN, Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, in AcP 93 (1902), 131.
- SANDTNER, Kritik der Besitzlehre, Diss. München 1968.
- SAVIGNY, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. (Bearb. von RUDORFF) Gießen 1864.
- SCHLOSSMANN, Sigmund, Der Besitzerwerb durch Dritte, Leipzig 1881.
- SCHUBERT, Werner, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, Berlin 1966.
- SCHULTZ, Classical Roman Law, Oxford 1951.
- SCHWACKE, Jürgen, Zur Entwicklung des Besitzbegriffs im 19. Jahrhundert unter dem Einfluß Savignys, Diss. Göttingen 1984.
- SOERGEL, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1990 (zit.: SOERGEL/BEARBEITER).
- SOKOLOWSKI, Die Philosophie im Privatrecht, Bd. II, 1907.
- STAUDINGER, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. (Neubearb.) 1999-2000 (zit.: STAUDINGER/BEARBEITER).
- STROHAL, Der Sachbesitz nach dem B.G.B., in JherJb 38 (1898), 1.
- STROHAL, Zum Besitzrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in JherJb 29 (1890), 336; zweiter Beitrag in JherJb 31 (1892), 1.
- THIBAUT, Über possessio civilis, in AcP 18 (1835), 317.
- TUHR, A. von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I, 1910; II, 1914; III, 1918.
- WEISS, Institutionen des römischen Privatrechts, 2. Aufl. 1948.

- WAISMANN, Wittgenstein und der Wiener Kreis, in Wittgensteins Schriften 3, Frankfurt a. M. 1967.
- WESENBERG-WESENER, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985.
- WESTERMANN, Sachenrecht, 7. Aufl. 1998 (zit.: WESTERMANN/BEARBEITER).
- WESTERMANN, Korreferat zu HOCHE, in JuS 1961.
- WIELING, Sachenrecht, Bd. I, 1990.
- WILHELM, Sachenrecht, 1993.
- WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906.
- WOLFF/RAISER, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957.
- ZITELMANN, Ernst, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.
- ZITELMANN, Ernst, Übereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, in JherJb 70 (1921), 1.