

Der Besitz ist einer der zentralen Begriffe des Sachenrechts, der in vielfältiger Hinsicht von Bedeutung ist. Das gilt sowohl für die Übereignung, bei der der Besitz i.R.d. Übergabe relevant wird, als auch beim gesetzlichen Eigentumserwerb durch Ersitzung; ferner ist er Grundlage einer Vielzahl von Ansprüchen (z.B. §§ 861 ff., 1007, 823, 812) und Rechten (§ 859). Angesichts dessen ist es wichtig, sein Wesen und seine Funktionen genau zu kennen.

1. Definieren und erläutern Sie den Begriff Besitz.
2. Schildern Sie seine Funktionen.

1. Der Besitz ist die von der Verkehrsauffassung anerkannte, von einem allgemeinen Besitzwillen getragene, tatsächliche Sachherrschaft einer Person über eine Sache. Dabei handelt es sich im Gegensatz zum Eigentum um ein rein tatsächliches, kein rechtliches Verhältnis. Die Sachherrschaft muss nicht immer unmittelbar, sondern kann auch durch einen Besitzdiener, der nicht selbst Besitzer ist, oder einen Besitzmittler (sog. vergeistigte Sachherrschaft) ausgeübt werden.

Der Besitz ist vom Gewahrsam zu unterscheiden, den das Gesetz z.B. in §§ 808 f. ZPO und § 242 StGB verwendet. Gewahrsam meint immer die unmittelbare Sachherrschaft, so dass der Besitzdiener Gewahrsam, nicht aber Besitz hat, und der mittelbare Besitzer Besitz, nicht aber Gewahrsam hat (vgl. SachenR I, Rn. 114).

2. Die Funktionen des Besitzes (vgl. ausführlich SachenR I, Rn. 115 ff.) bestehen in:

- der Schutz- und Erhaltungsfunktion: Der Inhaber des Besitzes soll aus Gründen des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit diesen behalten und gegen Entzug geschützt werden. Dies kommt in den §§ 268 I S. 2, 858 ff., 937, 986 II, 1007, 823 I, 812; 47 InsO; 771 ZPO zum Ausdruck.
- der Publizitätsfunktion: Der im Sachenrecht geltende Publizitätsgrundsatz ist bei beweglichen Sachen an den Besitz geknüpft, so dass grds. für eine Verfügung eine Besitzänderung (Übergabe) erforderlich ist. Das Gesetz knüpft an die Innehabung des Besitzes ferner die Vermutung der materiellen Berechtigung, also Eigentümerstellung, § 1006, und lässt die Besitzverschaffungsmacht daher als Grundlage für den gutgläubigen Erwerb ausreichen, §§ 932 ff. Insofern erfüllt der Besitz die Funktion, die bei unbeweglichen Sachen das Grundbuch erfüllt.

hemmer-Methode: Wie Sie sehen, ist der Besitz ein komplexer und vielgestaltiger Begriff. Er eignet sich daher gut für eine Themenklausur.

Von „dem Besitz“ zu sprechen ist bei genauer Betrachtung eine grobe Vereinfachung. Es gibt nicht „den Besitz“, sondern eine ganze Vielzahl von unterschiedlichen Besitzarten, die es streng auseinander zu halten gilt, da an sie jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft sind.

1. Welche unterschiedlichen Arten des Besitzes kennen Sie?
2. Inwiefern unterscheiden sie sich?

Verschiedene **Arten des Besitzes** lassen sich **unterscheiden** (vgl. SachenR I, Rn. 129 ff.):

Nach der **Intensität der Sachbeziehung** (vgl. SachenR I, Rn. 130 f.):

- **Unmittelbarer Besitz, §§ 854, 855:** Der Besitzer übt die tatsächliche Sachherrschaft unmittelbar selbst oder durch einen Besitztjenner aus.
- **Mittelbarer Besitz, § 868:** Der Besitzer übt die tatsächliche Sachherrschaft nicht selbst unmittelbar aus, sondern lässt diese durch einen unabhängigen Besitztjenner ausüben.

Nach dem **Umfang der Sachherrschaft** (vgl. SachenR I, Rn. 133 f.):

- **Alleinbesitz:** Der Alleinbesitzer teilt sich den Besitz mit niemandem, sondern übt ihn allein aus.
- **Mitbesitz, § 866:** Mehrere üben den Besitz über eine einheitliche Sache gemeinsam aus; entweder jeder selbständig für sich (einfacher Mitbesitz) oder notwendig gemeinsam (qualifizierter Mitbesitz).
- **Teilbesitz, § 865:** Der Besitz bezieht sich nur auf einen Teil einer einheitlichen Sache, z.B. der Mieter hinsichtlich einer Wohnung in einem Haus.

Nach der **Willensrichtung des Besitzers** (vgl. SachenR I, Rn. 136 f.):

- **Eigenbesitz, § 872:** Der Besitzer besitzt als Eigentümer; ob dies zutrifft, ist irrelevant.
- **Fremdbesitz:** Der Besitzer besitzt in Anerkennung fremden Eigentums. Vgl. §§ 937, 955, 991.

Nach der **Berechtigung** des Besitzers (vgl. SachenR I, Rn. 139 f.):

- **Berechtigter/unberechtigter Besitz:** Diese Unterscheidung hängt davon ab, ob ein *Recht zum Besitz i.S.d. § 986* besteht. Die Willensrichtung ist irrelevant.

Nach der **Art der Besitzerlangung** (vgl. SachenR I, Rn. 140 f.):

- **Fehlerhafter/nicht fehlerhafter Besitz:** Fehlerhaft ist der Besitz, der *durch verbotene Eigenmacht (§ 858) erlangt* wurde.

hemmer-Methode: Merken Sie sich: Der Besitztjenner ist kein Besitzer, § 855. Er übt lediglich den Besitz für seinen Besitztjenner aus.

Der unmittelbare Besitz kann auf unterschiedliche Art und Weise erlangt werden. Dabei ist zwischen originärem und abgeleitetem (derivativem) Erwerb zu unterscheiden. Originär ist der Erwerb bei einseitiger Besitzergreifung, sei es einer besitzlosen Sache, sei es einer Sache, die im fremden Besitz steht (§ 242 StGB, § 858). Derivativ ist der Erwerb bei einem Zusammenwirken mit dem bisherigen Besitzer.

Schildern Sie die Möglichkeiten der Erlangung des unmittelbaren Besitzes.

Juristisches Repetitorium
examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend hemmer

Das Gesetz hat diese Frage vor allem in § 854 geregelt.

1. Nach § 854 I wird der **Besitz durch die (originäre wie auch derivative) Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. Tatsächliche Gewalt heißt dabei eine von der Verkehrsanschauung getragene Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken**, was regelmäßig eine gewisse räumliche Beziehung und Dauer voraussetzt. Die tatsächliche Gewalt wird z.B. auch erlangt, wenn sämtliche Schlüssel eines Pkw, der draußen auf einem Parkplatz in der Nähe steht, übergeben werden.

Über den Wortlaut des § 854 hinaus ist **zusätzlich ein Besitzbegründungswille erforderlich**. Dieser *ist kein rechtsgeschäftlicher Wille*, so dass *keine Geschäftsfähigkeit, sondern nur natürliche Willensfähigkeit notwendig* ist. Dieser Wille muss sich nicht auf konkrete Sachen beziehen, sondern *kann auch in einem allgemeinen Besitzwillen bestehen*; z.B. an allem, was in den Briefkasten am Haus geworfen wird. Dies ist vor allem bei heimlichem Zustecken einer Sache nicht gegeben.

2. Nach § 854 II, der nur für den derivativen Erwerb gilt, **reicht bei Besitz des Übertragenden die bloße Einigung (Vertrag) mit dem Besitzerwerber, wenn der Erwerber die Möglichkeit hat, die Gewalt über die Sache auszuüben** (vgl. SachenR I, Rn. 149 f.). Letzteres ist nur dann der Fall, wenn der Erwerber ohne weitere Gestattungshandlung des Übertragenden auf die Sache zugreifen kann. *Bei dieser Form der Besitzübertragung ist die Einschaltung von Vertretern problemlos möglich*. Beispiel für § 854 II: A und B einigen sich in der Kneipe, dass der Besitz an dem im Fluss liegenden Kahn des A dem B zustehen soll.

3. Der **unmittelbare Besitz kann aber auch gem. § 857 als Erbenbesitz** ohne weiteres Zutun erlangt werden, **wenn der Erblasser unmittelbarer Besitzer war**. *Ergreift der Erbe später tatsächlich die Sachherrschaft über die Sache, gilt hierfür § 854 I*.

hemmer-Methode: Auch die Einigung gem. § 854 II ist von dem kausalen Grundgeschäft abstrakt. Es wird mit-hin grds. nicht von Fehlern, die diesem Geschäft anhaften, berührt. Anderes gilt nur bei Fehleridentität.

So wie man den Besitz erlangen kann, kann man ihn auch wieder beenden. Dies ist in § 856 BGB geregelt. Dabei muss zwischen der Besitzaufgabe und dem Besitzverlust unterschieden werden. Das eine geschieht freiwillig, das andere unfreiwillig. § 856 BGB gilt dabei nur für den unmittelbaren, nicht aber für den mittelbaren Besitz gem. § 868 BGB. Dabei ist der Besitz davon unabhängig, ob das Besitzrecht erlischt. Der Mieter bleibt mithin Besitzer, auch wenn der Mietvertrag angefochten wurde; er wird lediglich unberechtigter Besitzer.

Was sind die Voraussetzungen der Besitzbeendigung bei unmittelbarem und mittelbarem Besitz?

Juristisches Repetitorium
examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend hemmer

1. Der **unmittelbare** Besitzer **gibt** seinen **Besitz auf** (§ 856 I **Alt. 1**), **wenn er eine objektiv nach außen hin erkennbare Handlung vornimmt, die auf seinen Besitzaufgabewillen schließen lässt, und gleichzeitig einen Besitzaufgabewillen hat**. Dabei handelt es sich nicht um ein Rechtsgeschäft, sondern um einen **Realakt**, so dass *Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich ist, sondern nur ein natürlicher Wille* (vgl. SachenR I, Rn. 154 ff.).

Der Besitzverlust **in sonstiger Weise** (§ 856 I **Alt. 2**) erfordert den **unfreiwilligen Verlust der tatsächlichen Herrschaftsgewalt**, also Verlieren oder Diebstahl. Ist die *Gewalt jedoch nur gelockert*, wie bei einem Verlieren in eigenen Räumen, *führt dies nicht zu einer Besitzbeendigung*. Auf einen bestimmten Willen kommt es dabei nicht an. Von einem Verlust kann nur dann ausgegangen werden, wenn eine Wiedererlangung der Sache ausgeschlossen oder zumindest deutlich erschwert ist. Das ist nicht der Fall, wenn der Besitzer jederzeit rekonstruieren kann, wo sich die Sache befindet und zumindest die Möglichkeit besteht, sie wieder an sich zu bringen, vgl. BGH, Life&Law 2007, 370 ff.

Die Beendigung der tatsächlichen Gewalt darf nicht nur vorübergehend sein, § 856 II. Dies ist z.B. der Fall, wenn eine Sache an einem Ort liegen gelassen wird, dieser Ort bekannt ist und eine Wiedererlangung möglich ist oder wenn der Besitzer eines abgeschlossenen PKW für drei Monate eine Weltreise macht.

2. Der **mittelbare Besitz endet, wenn eine seiner Voraussetzungen entfällt** (vgl. SachenR I, Rn. 172). Das ist der Fall, **wenn das Besitzzmittlungsverhältnis und der Herausgabeanspruch erlöschen**. Solange der Herausgabeanspruch bestehen bleibt, behält der mittelbare Besitzer seinen Besitz. Er entfällt auch, **wenn der unmittelbare Besitz des Besitzzmittlers beendet wird**. Schließlich endet der mittelbare Besitz, **wenn der Besitzzmittler, nach außen erkennbar, nicht mehr für den mittelbaren Besitzer besitzt**, also allein seine Willensrichtung ändert.

hemmer-Methode: Denken Sie im Zusammenhang: Die größte Bedeutung hat die unfreiwillige Besitzbeendigung i.R.d. § 935. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte seinen Besitz unfreiwillig verloren hat. Dies gilt nach umstrittener Auffassung auch bei einem Besitzaufgabewillen aufgrund Drohung oder Täuschung (vgl. SachenR I, Rn. 159), zumindest wenn die Drohung unwiderstehlichem Zwang gleichkommt. Nach § 935 I 2 ist hinsichtlich des Abhandenkommens bei mittelbarem Besitz auf den unmittelbaren Besitzer abzustellen. Das Abhandenkommen hat zudem im Rahmen von § 1007 II BGB Bedeutung.

Beim mittelbaren Besitz, § 868, übt der mittelbare (mb.) Besitzer die Sachherrschaft nicht selbst unmittelbar aus, sondern lässt sie durch einen Besitzmittler, der regelmäßig selbst den unmittelbaren Besitz hat, ausüben. Der Besitzmittler muss aber nicht unmittelbaren Besitz haben. Es reicht auch mb. Besitz. Dann entsteht ein mehrstufiger mb. Besitz, § 871.

Spricht das Gesetz von Besitz, so meint es i.d.R. sowohl den unmb. als auch den mb. Besitz, denn auch mb. Besitz ist vollwertiger Besitz. Allerdings gibt es Ausnahmen (vgl. SachenR I, Rn. 162).

Unter welchen Voraussetzungen entsteht mb. Besitz?

Wie wird mb. Besitz übertragen?

1. Mittelbarer Besitz **setzt für seine Entstehung voraus** (vgl. SachenR I, Rn. 163 ff.):

- **Unmittelbaren Fremdbesitz eines Besitzmittlers:** Es reicht allerdings, wenn am Ende eines mehrstufigen mittelbaren Besitzes ein unmittelbarer Fremdbesitzer steht.
- **Besitzmittlungsverhältnis/Besitzkonstitut:** Dieses muss *entweder eines der in § 868 genannten Rechtsverhältnisse oder diesen zumindest ähnlich* sein. Letzteres ist dann der Fall, wenn es hinreichend konkrete Rechte und Pflichten begründet, nur auf Zeit gilt und den anderen zum Besitz berechtigt oder verpflichtet. *Beispiele sind die Sicherungsabrede bei der Sicherungsübereignung* oder das gesetzliche Verhältnis zwischen Eltern und Kind. Auch ein antizipiertes, also vor Besitzerlangung vereinbartes Besitzkonstitut reicht. Es kann *sogar ein unwirksames, vermeintliches Besitzkonstitut genügen*, sofern alle anderen Voraussetzungen gegeben sind.
- **Besitzmittlungswillen:** Der Besitzmittler muss Fremdbesitzer sein, also den mb. Besitzer als Oberbesitzer, nicht notwendig als Eigentümer, anerkennen.
- **Herausgabeanspruch:** Grds. ist dies der Herausgabeanspruch aus dem Besitzmittlungsverhältnis, z.B. § 546. Im Fall des vermeintlichen Besitzkonstituts genügt jedoch auch ein Anspruch aus §§ 812, 985 oder §§ 823 I i.V.m. § 249 I.

2. Der mb. Besitz entsteht originär durch Herbeiführung seiner Voraussetzungen; also z.B. wenn der Vermieter dem Mieter die Sache übergibt und einen Mietvertrag abschließt. Derivativer Erwerb erfolgt **durch Übertragung des mb. Besitzes. Nach § 870 wird hierzu der dem mb. Besitz zugrundeliegende Herausgabeanspruch an den Erwerber gem. § 398 abgetreten.** Dabei wird aber *nicht der Anspruch aus § 985 abgetreten, denn dieser ist nicht abtretbar.* Ist das Rechtsverhältnis (s.o.) nicht wirksam, so genügt auch die Abtretung des bereicherungsrechtlichen o.ä. Anspruchs (s.o.).

Die Übertragung des mb. Besitz gem. § 870 ist vor allem für §§ 931, 934 von Bedeutung.

hemmer-Methode: Beachte: Mittelbarer Besitz kann auch in der Form des mittelbaren Mitbesitzes oder mittelbaren Teilbesitzes bestehen. Ebenso kann es sich um berechtigten oder nicht berechtigten und fehlerhaften oder nicht fehlerhaften Besitz handeln.