



Osnabrück, den 28. Juni 2011

**Seminararbeit**

**„Besitz im deutschen, englischen und fran-  
zösischen Recht“**

**Prof. Dr. Dr. mult. Christian von Bar**

**Sommersemester 2011**

# LITERATURVERZEICHNIS

- Bamberger / Roth* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 1. Auflage, München 2003.
- Baur, Fritz / Baur, Jürgen F. / Stürner, Rolf* Sachenrecht, 18. Auflage, München 2009.
- Bell, Andrew* Modern law of personal property in England and Ireland, 1. Auflage, London 1989.
- Beysen, Erwin* Frankreich, in: Sachenrecht in Europa – Systematische Einführung und Gesetzestexte, Band 4, Hrsg. Christian von Bar, 1. Auflage, Osnabrück 2001, S. 179.
- Blechschmidt, Frank* „Common Law“ und „Equity“ im englischen Recht, in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV) 1987, 3.
- Bridge, Michael* Personal Property Law, 2. Auflage, London 1996.
- Cornu, Gérard* Droit civil – Introduction – Les personnes – Les biens, 11. Auflage, Paris 2003.
- Dedek, Helge* Der Besitzschutz im römischen, deutschen und französischen Recht – gesellschaftliche Gründe dogmatischen Wandels, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 1997, 342.
- Einsele, Dorothee* Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips, in: JZ 1990, 1005.
- Erman* Bürgerliches Gesetz – Handkommentar, Band 2, 12. Auflage, Köln 2008.
- Faber, Wolfgang / Lurger, Brigitta* National Reports on the Transfer of Movables in Europe: Volume 2, 1. Auflage, München 2009.
- Ferid, Murad / Sonnenberger, Hans Jürgen* Das Französische Zivilrecht, Band 2, 2. Auflage, Heidelberg 1986.
- Goode, Louis Arthur* Goodeve's Modern law of personal property (elektronische Version), 5. Auflage, London 1912.
- Harpwood, Vivienne* Law of tort, 1. Auflage, London 1994.
- Heck, Philipp* Grundriss des Sachenrechts, 1. Auflage, Tübingen 1930.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich* Grundlinien der Philosophie des Rechts, Band 7, 11. Auflage, Berlin 1986.
- Holmes, Oliver Wendell* The common law (elektronische Version), 45. Auflage, Boston 1923.
- Hubrecht, Georges* Das französische Zivilrecht, 1. Auflage, Berlin 1974.

- Hubrecht, Georges / Vermelle, Georges*, Droit civil, 14. Auflage, Paris 1987.
- Hübner, Ulrich / Constantinesco, Vlad*, Einführung in das französische Recht, 3. Auflage, München 1994.
- Köbler, Gerhard*, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Auflage, München 2005.
- Kollbosser, Helmut*, Grundfälle zu Besitz und Besitzschutz, in: JuS 1992, 215, 393, 567.
- Kopp, Beate*, Immobilienerwerb und -vererbung in England, in: Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern 2001, 287.
- Krimphove, Dieter*, Das europäische Sachenrecht, 1. Auflage, Köln 2006.
- Larroumet, Christian*, Droit civil – Les Biens, 1. Auflage, Paris 1984.
- Lipp, Martin*, Besitz und Besitzschutz im Bürgerlichen Recht, in: JuS-L 1997, 57.
- Lopau, Eberhard*, Der Rechtsschutz des Besitzes, in: JuS 1980, 501.
- Markesinis, Basil S. / Deakin, Simon*, Tort Law, 4. Auflage, Oxford 1999.
- Martinek, Michael*, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, in: AcP 1988, 572.
- Medicus, Dieter*, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, in: AcP 1965, 115.
- Middleton, Sean*, England, in: Sachenrecht in Europa – Systematische Einführung und Gesetzestexte, Band 1, Hrsg. Christian von Bar, 1. Auflage, Osnabrück 2000, S. 93.
- Minuth, Klaus*, Besitzfunktionen beim gutgläubigen Mobiliarerwerb im deutschen und französischen Recht, 1. Auflage, Tübingen 1990.
- Müller, Therese*, Besitzschutz in Europa, 1. Auflage, Tübingen 2010.
- Münchener Kommentar*, Zum BGB, Band 6, 5. Auflage, München 2009.
- Murphy, John*, Street on torts, 12. Auflage, Oxford 2007.
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, München 2011.
- Peter, Hans*, Zur Regelung des Besitzes im französischen Code civil, in: Festschrift für Heinz Hübner, Berlin 1984, S.173.
- Pollock, Frederick / Wright, Robert Samuel*, An Essay on possession in the common law, 1. Auflage, Oxford 1888, abgerufen unter <http://free-law-books.troy.rollo.name/possession.pdf>.
- Poppen, Kevin*, Die Mobiliarmiete im englischen und deutschen Recht, 1. Auflage, Osnabrück 2010.
- Prütting, Hanns*, Sachenrecht, 34. Auflage, München 2010.

- Quantz, Tobias* Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 1. Auflage, Berlin 2005.
- Radbruch, Gustav* Rechtsphilosophie II, 2. Bearbeitung der 3. Auflage, Heidelberg 1993.
- Röthel, Anne / Sparmann, Ingo* Besitz und Besitzschutz, in: JURA 2005, 456.
- Schapp, Jan / Schnur, Wolfgang* Sachenrecht, 3. Auflage, München 2002.
- Schnatenberg, Peter* Der falsch verstandene „Mittelbare Besitz“, 1. Auflage, Aachen 1995.
- Schreiber, Klaus* Possessorischer und petitorischer Besitzschutz, in: JURA 1993, 440.
- Soergel* Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht 1, Band 14, 13. Auflage, Stuttgart 2002.
- Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2007, Berlin 2007.
- Stenger, Ulrike* Die Haftung aufgrund unverschuldeter Eingriffe in Eigentum und Besitz an unbeweglichen Sachen, 1. Auflage, Frankfurt am Main 1997.
- Terré, François / Simler, Philippe* Droit civil – Les biens, 6. Auflage, Paris 2002.
- Vieweg, Klaus / Werner, Altmuth* Sachenrecht, 4. Auflage, Köln 2010.
- von Bernstorff, Christoph Graf* Einführung in das englische Recht, 3. Auflage, München 2006.
- von Savigny, Friedrich Carl* Das Recht des Besitzes, 7. Auflage, Wien 1865.
- Warnkönig, Leopold August / von Stein, Lorenz* Französische Staats- und Rechtsgeschichte, Band 2, Neudruck der 2. Ausgabe Basel 1875, Aalen 1968.
- Westermann, Harry* Sachenrecht, 7. Auflage, Heidelberg 1998.
- Wieling, Hans* Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes, in: AcP 1984, 439.
- Wieling, Hans* Grund und Umfang des Besitzschutzes, in: Festschrift für Ulrich von Lübtow, Berlin 1980, S. 565.
- Wiget, Andreas* Studien zum französischen Besitzrecht, 1. Auflage, Zürich 1982.
- Wolf, Manfred / Wellenhofer, Marina* Sachenrecht, 24. Auflage, München 2008.
- Zhang, Shuanggen* Das Publizitätsprinzip und der rechtsgeschäftliche Mobiliärerwerb, 1. Auflage, Berlin 2004.
- Zweigert, Konrad / Kötz, Hein* Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996.
- Kirchner, Hildebert / Butz, Cornelia* Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage, Berlin 2003.

# GLIEDERUNG

A. Einleitung .....	1
B. Besitz im deutschen Recht .....	2
I. Historische Entwicklung des Besitzes in Deutschland .....	2
II. Bedeutung des Besitzes im deutschen Recht .....	3
1. Der Begriff des Besitzes und dessen Beziehung zum Eigentum .....	3
2. Die Arten des Besitzes .....	4
a) Grad der Sachbeziehung – unmittelbarer und mittelbarer Besitz .....	5
aa) Unmittelbarer Besitz .....	5
bb) mittelbarer Besitz .....	5
b) Soziale Einordnung des die tatsächlichen Gewalt Ausübenden .....	5
c) Umfang der Sachherrschaft: Allein- und Mitbesitz, Voll- und Teilbesitz .....	6
aa) Allein- und Mitbesitz .....	6
bb) Teil- und Vollbesitz .....	7
d) Willensrichtung des Besitzers: Eigen- und Fremdbesitz .....	7
e) Erbenbesitz .....	7
3. Erwerb und Verlust des Besitzes .....	7
a) Originärer und derivativer Besitzerwerb .....	8
b) Erwerb des unmittelbaren Besitzes .....	8
c) Erwerb des mittelbaren Besitzes .....	9
d) Verlust des unmittelbaren Besitzes .....	9
e) Verlust des mittelbaren Besitzes .....	10
III. Funktion des Besitzes im deutschen Recht .....	10
1. Die Publizitätsfunktion .....	10
2. Die Erhaltungs- oder Kontinuitätsfunktion .....	11
3. Die Übertragungs- oder Traditionsfunktion .....	12
4. Die Sicherungsfunktion .....	12
a) Gründe des Besitzschutzes .....	12
b) Besitzschutz im engeren Sinne – possessorischer Besitzschutz .....	14
c) Besitzschutz im weiteren Sinne – petitorischer Besitzschutz .....	14
d) Schutz des mittelbaren Besitzers .....	15
IV. Fazit zum Besitz im deutschen Recht .....	15
C. Besitz im englischen Recht .....	16
I. Historische Entwicklung des Besitzes in England .....	16

II. <i>Common law</i> und <i>equity</i> .....	17
III. Bedeutung des Besitzes im englischen Recht .....	17
1. Grundsätzliche Bedeutung .....	17
2. Voraussetzungen des Besitzes .....	18
3. Arten des Besitzes .....	19
a) <i>de facto</i> / tatsächlicher ( <i>actual</i> ) Besitz .....	20
b) Konstruktiver ( <i>constructive</i> ) Besitz .....	20
aa) Das Besitzmittlungsverhältnis .....	20
c) Symbolischer ( <i>symbolic</i> ) Besitz .....	21
4. Gewahrsam ( <i>custody</i> ) .....	22
5. Verhältnis des Besitzes zur Miete .....	22
6. Übertragung des Besitzes .....	23
a) Übertragung bei tatsächlichem Besitz .....	23
b) Übertragung bei konstruktivem Besitz .....	23
c) Übertragung bei symbolischen Besitz .....	23
IV. Funktion des Besitzes im englischen Recht .....	24
1. Schutz des Besitzes an beweglichen Sachen .....	24
a) <i>tresspass to chattels</i> .....	24
b) <i>Conversion</i> .....	25
c) Rechtsfolgen .....	25
2. Schutz des Besitzes an Grundstücken .....	25
a) Besitzschutz durch <i>tort law</i> .....	26
aa) <i>tresspass to land</i> .....	26
bb) <i>nuisance</i> .....	26
cc) Rechtsfolgen .....	27
b) Besitzschutz durch Herausgabeanspruch .....	27
D. Besitz im französischen Recht .....	27
I. Historische Entwicklung des Besitzes in Frankreich .....	28
II. Bedeutung des Besitzes im französischen Recht .....	28
1. Grundsätzliche Bedeutung .....	28
2. Voraussetzungen des Besitzes .....	30
3. Der <i>détenteur précaire</i> .....	31
4. Erwerb und Verlust des Besitzes .....	32
5. Verhältnis des Besitzes zur Miete .....	33
6. Funktion des Besitzes .....	33

a) Die Besitzschutzklagen ( <i>les actions possessoires</i> ) .....	33
aa) <i>Complainte</i> und <i>dénonciation de nouvel œuvre</i> .....	34
bb) Die <i>action en réintégration</i> .....	34
b) Schutz des <i>détenteur précaire</i> .....	35
c) Deliktischer Besitzschutz .....	35
d) Beweisrechtliche Funktion des Besitzes .....	36
E. Vergleich der Grundkonzepte - Besitz im deutschen, französischen und englischen Recht - Gemeinsamkeiten und Unterschiede .....	36

## A. Einleitung

„Mir ist der Besitz nötig, äußerte er, um den richtigen Begriff der Objekte zu bekommen. Frei von Täuschungen, die die Begierde nach einem Gegenstand unterhält, läßt erst der Besitz mich ruhig und unbefangen urteilen. Und so liebe ich den Besitz, nicht der beseßnen Sache, sondern meiner Bildung wegen und weil er mich ruhiger und dadurch glücklicher macht.“<sup>1</sup> – so fasziniert äußerte sich der Dichter (und Jurist) Johann Wolfgang von Goethe 1812. Dennoch stellt der Besitz (engl./frz. *possession*) wie kaum ein anderes Rechtsinstitut die Rechtswissenschaft seit Jahrhunderten vor Probleme. So sagte Friedrich Carl Savigny, dass es unter Schriftstellern üblich sei, Untersuchungen über den Besitz stets mit einer Abhandlung über die außerordentliche Schwierigkeit des Themas einzuleiten.<sup>2</sup>

Und doch ist eine Untersuchung dieses Themas im Rahmen einer immer fortschreitenden Europäisierung des Privatrechts unterlässlich, gerade, weil der Besitz in den unterschiedlichen Rechtsordnungen von einander abweichende Bedeutung und daher auch differierende Funktionen hat. Jedoch gibt es auch Gemeinsamkeiten: So stellt der Besitz in allen europäischen Rechtsordnungen eine eigenständige Rechtsposition als vom Eigentum ablösbares (aber auch ableitbares) Recht dar.<sup>3</sup> Er ist nicht, wie von Hegel behauptet, lediglich die tatsächliche oder physische Herrschaft einer Person über eine Sache.<sup>4</sup>

Für eine Angleichung, Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Privatrechts auf europäischer Ebene, um damit u.a. den rechtlichen Zusammenhalt der europäischen Staaten und den gemeinsamen Binnenmarkt zu stärken, ist daher ein Wissen um die Bedeutung und Funktion des Besitzes in drei der einflussreichsten Nationen Europas eine wichtige Voraussetzung.

Zunächst wird in dieser Arbeit die Bedeutung des Besitzes und seinen einzelnen Funktionen und Ausprägungen in den einzelnen Rechtsordnungen erläutert werden, wobei sowohl die rechtshistorische Entwicklung berücksichtigt als auch auf diverse konkrete Problemstellungen vertieft eingegangen werden soll. Nach dieser Erklärung soll analysiert werden, welcher Nutzen unter besondere Fokussierung auf diverse Schutzmechanismen aus

---

<sup>1</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie II, S. 592, Rn. 371.

<sup>2</sup> Savigny, Das Recht des Besitzes, S. 25.

<sup>3</sup> Krimphove, Das europäische Sachenrecht, S. 45.

<sup>4</sup> Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §§ 41 – 71.



dieser unterschiedlichen Bedeutung des Besitzes in den einzelnen Rechtskulturen gezogen werden kann. Schließlich folgen ein Vergleich der entscheidenden Aspekte des Besitzes und der konzeptionellen Grundunterschiede.

## **B. Besitz im deutschen Recht**

Zu Beginn dieser Arbeit soll der Besitz im deutschen Recht behandelt werden. Dabei wird aufgezeigt, wie sich der Begriff des Besitzes rechtshistorisch entwickelt hat, danach wird die konzeptionelle Bedeutung dessen untersucht. Schließlich werden der Nutzen und die Funktion des Besitzes mit einem besonderen Fokus auf die Schutzfunktion im Kontext der Bedeutung analysiert.

## **I. Historische Entwicklung des Besitzes in Deutschland**

Bereits im klassischen römischen Recht wurde der Besitz (*possessio*) als tatsächliche, rechtlich geschützte Gewalt ausgebildet, dabei ist der Besitz ableitbar von der tatsächlichen Herrschaft über die Sache, die bei der Vindikation auf der Seite des auf Herausgabe angesprochenen Gegners vorausgesetzt wird.<sup>5</sup> Es wird getrennt zwischen dinglichem Recht (bspw. Eigentum) und dem Besitz als lediglich tatsächlichem Verhältnis.<sup>6</sup> Zudem gibt es einen Besitz des Einzelnen am Gemeinland, der durch Interdikte (*interdictum uti possidetis*) geschützt wird – Interdiktenbesitzer ist hier z.B der Gewalthaber am Gemeinland oder an einem Pfand, nicht jedoch der bloße Innehaber (*detentor*) wie Mieter, Pächter oder Verwahrer.<sup>7</sup> In der frühen Neuzeit (16. – 18. Jahrhundert) wird der Begriff der *possessio* mit der mittelalterlichen Gewere (also der richterliche Schutz des Besitzverhältnisses einer Person zu einer Sache) verschmolzen und als Besitz bezeichnet – dies hat zur Folge, dass nun auch dem Gewaltinhaber ohne Eigentümerwillen (*animus domini*), wie dem *detentor* im römischen Recht Besitz und nicht bloße Innehabung zugestanden wird.<sup>8</sup> Außerdem wird der Rechtsbesitz anerkannt, ferner begründet der Besitz nun eine Eigentumsvermutung bei beweglichen Sachen,

---

<sup>5</sup> Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 39.

<sup>6</sup> Kollhosser, JuS 1992, 215 (215).

<sup>7</sup> Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 39.

<sup>8</sup> Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 168.

nach der der Besitzer bis zum Beweis des Gegenteils auch als Eigentümer gilt.<sup>9</sup>

Im BGB wurden diese Erwägungen größtenteils übernommen – so beruht der **Besitz auf der tatsächlichen Sachherrschaft und nicht auf dem Besitzwillen**, der mit dem *animus domini* verbundene Besitz wurde als Eigenbesitz klassifiziert, zudem wurden alle possessorisch zu schützenden Tatbestände in den Besitz einbezogen, auch wenn sie nicht in einer Sachherrschaft bestanden.<sup>10</sup> Somit gilt festzustellen, dass das heutige Besitzrecht im BGB sowohl auf deutschenrechtlichen (Gewere) als auf römischrechtlichen Grundlagen basiert. Durch den Einfluss zweier Rechtstraditionen auf den Begriff des Besitzes ergeben sich Konflikte, die noch heute die Lehre von dem Besitz prägen und beeinflussen.<sup>11</sup>

## II. Bedeutung des Besitzes im deutschen Recht

Es soll nun der Bedeutung des Besitzes eruiert werden. Dabei wird zunächst der Begriff erläutert, die verschiedenen Arten erklärt und die Art und Weise des Erwerbs und des Verlusts des Besitzes veranschaulicht.

### 1. Der Begriff des Besitzes und dessen Beziehung zum Eigentum

Im deutschen Recht knüpft der Besitz an der tatsächlichen Sachherrschaft an – dies hat sich in § 854 I BGB manifestiert. Unter dem Begriff der tatsächlichen Sachherrschaft versteht man **eine vom natürlichen Besitzwillen getragene tatsächliche Machtposition einer Person zu einer Sache**.<sup>12</sup> Konkret bezieht sich der Wille als subjektives Element in dieser Definition auf den Willen zur Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft.<sup>13</sup>

Gemäß § 856 II BGB beendet eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung der Ausübung der tatsächlichen Gewalt nicht den Besitz – so hat der Autobesitzer A auch weiterhin Besitz an seinem Pkw, wenn er ihn Nachts an der Straße abstellt. Die stets vorhandene Möglichkeit der Benutzung reicht hier aus. Wann diese jedoch konkret gegeben ist, richtet sich

---

<sup>9</sup> Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 168.

<sup>10</sup> MüKo-Joost, Vorbemerkung § 854, Rn. 1.

<sup>11</sup> Kollhosser, JuS 1992, 215 (215).

<sup>12</sup> MüKo-Joost, § 854, Rn. 3.

<sup>13</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 40.

nach der Verkehrsanschauung – es ist also auf den Einzelfall abzustellen.<sup>14</sup> Weiterhin muss das Herrschaftsverhältnis auf eine gewisse Dauer angelegt sein, eine vorübergehende Einwirkungsmöglichkeit resultiert so nicht im Besitz.<sup>15</sup>

Entgegen des allgemeinen Sprachgebrauchs ist zwischen dem Eigentum und dem Besitz zu differenzieren, da das Eigentum vielmehr die rechtliche Beziehung zwischen einer Person und einer Sache konstituiert.<sup>16</sup> Konsequenz kann so auch **Besitz unabhängig von dem Recht an der Sache** vorliegen,<sup>17</sup> sodass auch ein Dieb Besitzer sein kann.

Es kann sowohl Besitz an Grundstücken als auch an beweglichen Sachen gegeben sein. Zudem ist es möglich, dass Eigentum und Besitz zusammenreffen, wenn der Eigentümer über die entsprechende Sache (oder das entsprechende Grundstück) selber faktische Gewalt ausübt. Dies entfällt jedoch, sobald der Eigentümer die Sache bzw. das Grundstück einem anderen überlässt - so kann ein Wohnungseigentümer die Wohnung einem Mieter überlassen. Dieser hat nun während der Dauer der Miete Besitz an der Wohnung, der Vermieter bleibt weiterhin Eigentümer.

## 2. Die Arten des Besitzes

Besitz ist im deutschen Recht nicht gleich Besitz – das verrät einem bereits das Gesetz mit seinen unterschiedlichen Vorschriften dazu (§§ 854, 855, 866, 868 BGB). Grundsätzlich kann man zwischen den verschiedenen Besitzarten nach folgenden Kriterien unterscheiden:

nach dem Grad der Sachbeziehung, nach der sozialen Einordnung des die tatsächlichen Gewalt Ausübenden, nach dem Umfang der Sachherrschaft und nach der Willensrichtung, mit der jemand besitzt – wobei es bei den einzelnen Gesichtspunkten durchaus Überschneidungen und Mischformen geben kann.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Prütting, Sachenrecht, § 7, Rn. 52.

<sup>15</sup> Westermann, Sachenrecht, § 9 II 7.

<sup>16</sup> Vieweg / Werner, Sachenrecht, § 2, Rn. 2.

<sup>17</sup> Palandt-Bassenge, § 854, Rn. 3.

<sup>18</sup> Baur / Stürner, Sachenrecht, § 7, Rn. 3.

## a) Grad der Sachbeziehung – unmittelbarer und mittelbarer Besitz

Zunächst soll der unmittelbare (§§ 854, 855 BGB) und mittelbare (§ 868 BGB) Besitz beachtet werden, der nach dem Grad der Sachbeziehung unterschieden wird.

### aa) Unmittelbarer Besitz

Der **unmittelbare Besitz ist der Grundtatbestand des Besitzrechts** – wenn man von Besitz spricht, ist meist der unmittelbare Besitz gemeint, da sich in diesem die tatsächliche Sachherrschaft realisiert.

### bb) mittelbarer Besitz

Nun kann jedoch auch der unmittelbare Besitzer einer anderen Person – dem mittelbaren Besitzer – gegenüber verpflichtet sein, die **faktische Sachherrschaft unter bestimmten Bedingungen auszuüben**. Dieser mittelbare Besitzer hat weiterhin Einfluss auf die Sache und kann vom unmittelbaren Besitzer die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache in der geschuldeten Art und Weise verlangen.<sup>19</sup> Der unmittelbare Besitzer vermittelt hier den Besitz dem mittelbaren Besitzer, sodass Ersterer als Besitzmittler bezeichnet wird, das Rechtsverhältnis zwischen beiden wird als Besitzmittlungsverhältnis bezeichnet.<sup>20</sup> Praktisch häufig existiert diese Konstellation in Mietverhältnissen, wo der Mieter unmittelbar besitzt, jedoch die Vorgaben des Mietvertrags gegenüber dem Vermieter, der mittelbarer Besitzer ist, beachten muss.

## b) Soziale Einordnung des die tatsächlichen Gewalt Ausübenden

Es kann auch **durch einen sog. „Besitzdiener“** unmittelbar besessen werden, § 855 BGB. Unter einem Besitzdiener versteht man eine Person, die zu einem anderen (dem Besitzherrn) in einem **sozialen Abhängigkeitsverhältnis** steht und dessen **Weisungen unterworfen** ist.<sup>21</sup> Der Besitzdiener selber hat keinen Besitz. Es ist eine Art Gehorsamspflicht des Besitzdieners

---

<sup>19</sup> Lipp, JuS-L, L 57 (L 58).

<sup>20</sup> Vieweg / Werner, Sachenrecht, § 2, Rn. 9.

<sup>21</sup> Prütting, Sachenrecht, § 9, Rn. 65.

anzunehmen – er muss sich an die Weisungen des anderen zu halten haben und diesen Folge leisten, wobei gerade die soziale Abhängigkeitskomponente zu berücksichtigen ist, da bloße wirtschaftliche Abhängigkeit nicht ausreicht.<sup>22</sup> Diese Abhängigkeit muss nach außen erkennbar sein, da sonst die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährdet ist.<sup>23</sup>

Als Beispiel für einen Besitzdiener sind Angestellte in einem Kaufladen oder eine Putzhilfen zu nennen, die Gegenstände zwar tatsächlich in der Hand halten, aber sie nicht besitzen. Denn in derartigen Fällen hat nur der Herr Besitz, und zwar unmittelbar – allerdings kann dieser einen anderen für sich tatsächliche Gewalt verüben lassen, ohne dass derjenige Besitzer wird.

### **c) Umfang der Sachherrschaft: Allein- und Mitbesitz, Voll- und Teilbesitz**

Betrachtet man das Kriterium des Umfangs der Sachherrschaft ist zwischen Allein- und Mitbesitz und Voll- und Teilbesitz zu unterscheiden.

#### **aa) Allein- und Mitbesitz**

Wenn eine Person eine Sache **nur für sich** besitzt, ist sie **Alleinbesitzer**; besitzen allerdings **mehrere** die ganze Sache, sind diese jeweils **Mitbesitzer**.<sup>24</sup>

Beim Mitbesitz ist der schlichte vom qualifizierten Mitbesitz zu unterscheiden. Im Falle des schlichten Mitbesitzes müssen sich – wie erwähnt – mehrere Personen den Besitz mit anderen teilen, sodass jeder Mitbesitzer die tatsächliche Sachherrschaft selbst und unabhängig von den anderen, ebenfalls berechtigten (Mit-)Besitzern ausüben kann, auf die er allerdings Rücksicht nehmen muss.<sup>25</sup> Qualifizierter Mitbesitz hingegen ist gegeben, wenn nur alle Mitbesitzer gemeinsam die Gewalt ausüben können.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Soergel-Stadler, § 855, Rn. 3.

<sup>23</sup> BGHZ 27, 360 (363); Wolf / Wellenhofer, Sachenrecht, § 4, Rn. 32.

<sup>24</sup> Prütting, Sachenrecht, § 11, Rn. 96f.

<sup>25</sup> Kollhosser, JuS 1992, 393 (394).

<sup>26</sup> Baur / Stürner, Sachenrecht, § 7, Rn. 79.

## **bb) Teil- und Vollbesitz**

Beim **Teilbesitz** (§ 865 BGB) umfasst der Besitz nicht die komplette Sache (wie der Vollbesitz), sondern beschränkt sich auf einen **realen Teil** von ihr. Diese Sachherrschaft muss von der Verkehrsanschauung anerkannt sein, sodass der Teilbesitz nur in Betracht kommt, wenn eine selbstständige Benutzung des entsprechenden Sachteils möglich ist.<sup>27</sup> Ein Beispiel für den Teilbesitz ist das Zimmer in einer Wohngemeinschaft.

## **d) Willensrichtung des Besitzers: Eigen- und Fremdbesitz**

Zuletzt soll das Kriterium der Differenzierung nach der Willensrichtung des Besitzers betrachtet werden. Hier wird zwischen Eigen- und Fremdbesitz unterschieden. **Eigenbesitzer** ist, wer eine **Sache als ihm gehörend** besitzt, § 872 BGB – das bedeutet, dass der Eigenbesitzer die tatsächliche Gewalt über eine Sache mit dem Willen ausübt, sie wie eine ihm gehörige Sache zu beherrschen.<sup>28</sup> Der Fremdbesitzer tut dies gerade nicht, sondern besitzt die Sache mit der **Willensrichtung eines Inhabers eines beschränkten dinglichen, obligatorischen oder sonstigen Rechts**.<sup>29</sup>

## **e) Erbenbesitz**

Als Besitzart spielt auch der Erbenbesitz eine Rolle. Nach § 857 ist der **Besitz vererblich**, was dazu führen soll, dass die Sache nicht besitzlos wird und der Erbe eines Besitzes die Besitzschutzansprüche (siehe dazu unten 4.) sichern kann, wenn der Besitz nach dem Erbfall gestört wird und der Erbe die tatsächliche Sachherrschaft vom Erblasser noch nicht übernommen hat.<sup>30</sup>

## **3. Erwerb und Verlust des Besitzes**

Im Folgenden soll herausgefunden werden, wie der Erwerb und Verlust des Besitzes im deutschen Recht funktioniert.

---

<sup>27</sup> Westermann, Sachenrecht, § 11 I 1.

<sup>28</sup> BGH 29.03.1996, NJW 1996, 1890 (1893).

<sup>29</sup> Baur / Stürner, Sachenrecht, § 7, Rn. 89.

<sup>30</sup> Staudinger-Bund, § 857, Rn. 2.

## a) Originärer und derivativer Besitzerwerb

Zunächst gilt es festzustellen, dass es zwei Arten des Besitzerwerbes gibt: Der Erwerb kann sowohl durch einen **einseitigen Ergreifungsakt** stattfinden (originärer Besitzerwerb) als auch durch Mitwirkung des bisherigen Besitzers, der die Sache als **Vollzugsakt** im Rahmen dinglicher Rechtsgeschäfte dem neuen Besitzer übergibt (derivativer Besitzerwerb).<sup>31</sup>

## b) Erwerb des unmittelbaren Besitzes

Unmittelbarer Besitz kann also originär oder derivativ erworben werden. Konkret ergibt sich die Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft (§ 854 I BGB) **direkt durch den Erwerber** bzw. durch **Einschaltung einer Hilfsperson** (Besitzdiener, § 855 BGB) oder **durch bloße Einigung** (§ 854 II BGB) möglich. Umstritten ist in diesem Kontext, ob der neue Besitzer einen Willen zur Besitzbegründung haben muss. Relevant wird diese Frage, wenn Besitzschutzansprüche (dazu unten 4.) geltend gemacht werden.

Eine Ansicht verlangt zusätzlich zur Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft einen objektiv erkennbaren Besitzbegründungswillen, der nicht konkret auf die Sache gerichtet sein muss, sondern generell ist und sich auf sämtliche Sachen bezieht, die in den Herrschaftsbereich des Erwerbers gelangen.<sup>32</sup> Bei dem Willen handelt es sich allerdings nicht um einen rechtgeschäftlichen, sondern um einen natürlichen Willen, was zu Folge hat, dass Geschäftsfähigkeit hier keine Relevanz entfaltet – wohl aber eine gewisse Einsichtsfähigkeit.<sup>33</sup> Begründet wird dies mit dem Wortlaut von § 854 BGB („genommen“) im Vergleich zum Wortlaut von § 867 BGB („gelangt“), was ein Willenselement nahelege, außerdem wird hervorgebracht, dass der Besitz als tatsächliches Gewaltverhältnis über die Möglichkeit der Gewaltausübung hinausgehend einen entsprechenden Willen erfordere.<sup>34</sup>

Eine Gegenmeinung lässt eine Einfügung der Sache in einen Organisationsbereich genügen – begründet wird das mit einer Abstellung auf die äußere

---

<sup>31</sup> Vieweg / Werner, Sachenrecht, § 2, Rn. 16.

<sup>32</sup> Kollhosser, JuS 1992, 215 (216); MüKo-Joost, § 954, Rn. 8, BGHZ 27, 360 (362).

<sup>33</sup> Vieweg / Werner, Sachenrecht, § 2, Rn. 19.

<sup>34</sup> Bamberger/Roth-Fritzsche, § 854, Rn. 24.

Sachbeziehung; zudem wird ein Schutz jeder Art von organisierter Herrschaftssphäre gegen Eingriffe von außen angeführt.<sup>35</sup>

Jedoch sind sich beide Auffassungen relativ ähnlich, da die Erstere lediglich einen natürlichen und generellen Willen verlangt,<sup>36</sup> sodass ein Streitentscheid hier entbehrlich ist.

### c) Erwerb des mittelbaren Besitzes

Wie bereits erwähnt wurde, ist nicht nur derjenige Besitzer, der die tatsächliche Sachherrschaft ausübt, sondern auch derjenige, für und in dessen Interesse jemand anderes die tatsächliche Sachherrschaft innehat. Dieses Rechtsinstitut ist der in § 868 BGB normierte mittelbare Besitz. Voraussetzung für den mittelbaren Besitz ist ein (nicht zwingend wirksames) **Besitzmittlungsverhältnis** zwischen dem Oberbesitzer (der mittelbare Besitzer) und dem Besitzmittler (der unmittelbare Besitzer), das den Besitzmittler auf Zeit zum Besitz berechtigt.<sup>37</sup> Dabei existieren auch gesetzliche Besitzmittlungsverhältnisse wie die eheliche Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB), die eingetragene Lebenspartnerschaft (§ 2 LPartG), die elterliche Vermögenssorge (§ 1626 BGB) sowie z.B. die Insolvenzverwaltung (§ 148 InsO) und die Testamentsvollstreckung (§ 2205 BGB).

Zudem wird ein gewisser Wille des Besitzmittlers vorausgesetzt, d.h., dass der Besitzmittler den Oberbesitzer wissentlich und willentlich als mittelbaren Besitzer weiß.<sup>38</sup>

### d) Verlust des unmittelbaren Besitzes

Gemäß § 856 BGB endet der unmittelbare Besitz, wenn der Besitzer die **tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder auf andere Weise verliert**. Diese Aufgabe der tatsächlichen Gewalt setzt eine objektiv erkennbare Handlung oder ein Unterlassen des vormaligen Besitzers voraus.<sup>39</sup> Wie bei der Besitzbegründung ist der dafür erforderliche Aufgabewille lediglich tatsächlicher Natur.<sup>40</sup> Jedoch kann die tatsächliche Gewalt auch auf „andere

---

<sup>35</sup> Westermann, Sachenrecht, § 13 I 2.

<sup>36</sup> Bamberger/Roth-Fritzsche, § 854, Rn. 25.

<sup>37</sup> Wieling, AcP 1984, 439 (440).

<sup>38</sup> Vieweg / Werner, Sachenrecht, § 2, Rn. 33.

<sup>39</sup> BGH 6.4.1973, WM 1973, 1054 (1054).

<sup>40</sup> Staudinger-Bund, § 856, Rn. 11.



Art“ aufgegeben werden: Hier mangelt es am Besitzaufgabewillen des Besitzers – dies ist bei Wegnahme, Beschlagnahme oder Pfändung der Fall sowie wenn die Sachherrschaft oder ihre Rückerlangung nicht mehr möglich ist.<sup>41</sup>

#### e) Verlust des mittelbaren Besitzes

Der mittelbare Besitz des Besitzherrn endet, wenn eine der in § 868 BGB genannten Voraussetzungen entfällt, d.h. der Besitzmittler verliert seinen unmittelbaren Besitz oder seinen Besitzmittlungswillen.<sup>42</sup>

### III. Funktion des Besitzes im deutschen Recht

Nachdem die Bedeutung des Besitzes eruiert wurde, sollen nun die Besitzfunktionen unter besonderer Berücksichtigung der Schutzfunktion beachtet werden. Der Besitz als rechtstechnisches Instrument ist mit einer Vielzahl anderer Regelungsbereiche verwandt, dies ist seine theoretische und praktische Hauptbedeutung.<sup>43</sup> Er ist so z.B. Basis der Eigentumsübertragung (§§ 929 ff. BGB), des gutgläubigen Eigentumserwerbs (§§ 932 ff. BGB), der Eigentumsvermutung (§ 1006 BGB), der Ersitzung (§§ 900, 937 BGB) und des Fruchterwerbs (§§ 955 ff. BGB).<sup>44</sup>

Folglich dient der Besitz verschiedenen Funktionen: Die Publizitätsfunktion, die Erhaltungs- und Kontinuitätsfunktion, die Übertragungs- oder Traditionsfunktion sowie die bereits erwähnte Sicherheitsfunktion.<sup>45</sup>

#### 1. Die Publizitätsfunktion

Zunächst ist die Publizitätsfunktion des Besitzes zu untersuchen. Die Publizitätsfunktion (oder Zeichenfunktion) des Besitzes, die dem römischen Recht fremd war und erst in der Neuzeit eingeführt wurde, soll dafür sorgen, dass Besitz und Recht (vor allem das Eigentum) weitestgehend zusammenfallen und so der **Besitz Rechte erkennbar machen kann**.<sup>46</sup> Da bspw. der

---

<sup>41</sup> Erman-Lorenz, § 856, Rn. 4.

<sup>42</sup> MüKo-Joost, § 868, Rn. 27 f.

<sup>43</sup> MüKo-Joost, Vorbemerkung zu §§ 854 – 872, Rn. 13.

<sup>44</sup> MüKo-Joost, Vorbemerkung zu §§ 854 – 872, Rn. 13.

<sup>45</sup> Staudinger-Bund, Vorbemerkung zu §§ 854 – 872, Rn. 13 f.

<sup>46</sup> Zhang, Das Publizitätsprinzip und der rechtsgeschäftliche Mobiliarerwerb, S. 56.

Eigentümer eines Autos seinen Pkw i.d.R. auch selber fahren, d.h. besitzen wird und derjenige, der auf einem Grundstück ein Haus errichtet meist auch der Eigentümer des Grundstücks ist, kann man mit einer gewissen **statistischen Wahrscheinlichkeit vom Besitz auf das Eigentum schließen**.<sup>47</sup> Die Publizitätsfunktion des Besitzes stellt also die erforderliche **sachenrechtliche Zuordnung eines Gegenstands gegenüber der Allgemeinheit** (bzw. dem konkreten Geschäftspartner)<sup>48</sup> sicher.<sup>49</sup>

Während bei Grundstücken sämtliche Publizität durch das Grundbuch gewährleistet wird (§§ 873, 891, 892 BGB), differenziert man bei beweglichen Sachen zwischen einzelnen Publizitätsfunktionen:

- die Übertragungsfunktion (§§ 929, 1032, 1205 BGB) soll sicher stellen, dass zum Erwerb eines dinglichen Rechts an einer beweglichen Sache die Übertragung des Besitzes an eben dieser Sache stattgefunden hat,<sup>50</sup>
- die Vermutungswirkung (§ 1006 BGB) sorgt dafür, dass der Besitzer einer beweglichen Sache (prozessual) als ihr Eigentümer vermutet wird,<sup>51</sup>
- und die Gutglaubenswirkung, nach der der gute Glaube an das Eigentum eines Veräußerers geschützt wird, wenn dieser Besitz an der Sache hat und überträgt.<sup>52</sup>

Jedoch hat der Besitz als Publizitätsträger auch Schwächen: So wird kritisiert, dass die tatsächliche Herrschaft des Besitzers zwar äußerlich sinnlich wahrgenommen werden kann, **diese jedoch nichts über die Stellung des Besitzers zur Sache aussagt** – so könnte dieser Dieb, Pfandgläubiger, Mieter oder gar Eigentümer sein, der Besitz als solches kann nicht differenziert werden.<sup>53</sup> Allerdings mangelt es an besseren und praktikablen Ersatzmitteln zur Darstellung der Publizität.<sup>54</sup>

## 2. Die Erhaltungs- oder Kontinuitätsfunktion

Unter bestimmten Umständen kann ein Besitzer ein **Interesse daran haben, möglichst lange im Besitz der Sache zu bleiben**.<sup>55</sup> So sind Szenarien

---

<sup>47</sup> *Martinek*, AcP 1988, 573 (576 f.).

<sup>48</sup> *Quartz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, S. 33.

<sup>49</sup> *Einsele*, JZ 1990, 1005 (1006).

<sup>50</sup> *Kollhosser*, JuS 1992, 215 (215).

<sup>51</sup> *Quartz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, S. 29.

<sup>52</sup> *Palandt-Bassenge*, § 932, Rn. 1.

<sup>53</sup> *Zhang*, Das Publizitätsprinzip und der rechtsgeschäftliche Mobilärerwerb, S. 58.

<sup>54</sup> *Zhang*, Das Publizitätsprinzip und der rechtsgeschäftliche Mobilärerwerb, S. 58.

<sup>55</sup> *Baur / Stürner*, Sachenrecht, § 6, Rn. 3.

denkbar, in denen der Mieter seine Mietwohnung aufwändig renoviert hat, der Eigentümer das Haus aber verkauft und der Mieter nun ausziehen soll. Dieses Interesse äußert sich u.a. in § 986 I BGB, wonach der berechtigte Besitzer dem Eigentümer gegenüber nicht zur Herausgabe verpflichtet ist. Und auch der o.g. Mieter kann dem neuen Vermieter sein Besitzrecht gemäß § 566 BGB entgegenhalten.

### 3. Die Übertragungs- oder Traditionsfunktion

Weiterhin gilt festzustellen, dass der Besitz auch die Funktion hat, **Besitzänderungen** herbeizuführen. So ist die Eigentumsänderung (§§ 929 ff. BGB) oder auch die Bestellung eines Pfandrechts an einer beweglichen Sache (§§ 1205 ff. BGB) mit einer Besitzänderung verbunden – die Übertragung (Tradition) des Besitzes stellt hier einen Vollzugsakt dar und dient der bereits erörterten Publizität.<sup>56</sup>

### 4. Die Sicherungsfunktion

Schließlich ist die Sicherungsfunktion des Besitzes zu beachten. Sie sorgt dafür, dass sich der Besitzer zur Erhaltung des status quo gegen die Eingriffe Dritter wehren kann, unabhängig davon, ob der Besitzer auch Abwehrrechte als Eigentümer oder Vertragspartner des Eingreifenden hat.<sup>57</sup>

#### a) Gründe des Besitzschutzes

Fraglich sind allerdings die **Gründe des Besitzschutzes**, da die tatsächliche Sachherrschaft und somit nur die faktische Innehabung geschützt wird: Auch ein Dieb kann Besitzer sein – das mag beim geneigten Leser Zweifel ob der Sinnhaftigkeit des Besitzschutzes hervorrufen.

Die genaue (rechtspolitische) Erklärung dafür ist umstritten.

Einer Ansicht, die auf den Philosophen Immanuel Kant zurückgeht, zufolge gründet der **Besitzschutz auf dem Persönlichkeitsrecht** des Besitzers: Wer den Besitzwillen verletzt, verletzt auch die Persönlichkeit des Besitzers.<sup>58</sup>

Dies läge daran, dass sich die Persönlichkeit eines Menschen nicht nur in

---

<sup>56</sup> Westermann, Sachenrecht, § 39 1.

<sup>57</sup> Vieweg / Werner, Sachenrecht, § 2, Rn. 4.

<sup>58</sup> Wieling, FS von Lübtow, 565 (571).

seinem Körper manifestiert, sondern auch in den Dingen, die er in seiner Gewalt und so in seinem Besitz hat – im Besitz ist also die Persönlichkeit des Besitzers angegriffen.<sup>59</sup>

Eine andere Meinung, die „**Friedenstheorie**“, **sieht im Besitzschutz ein essentielles Mittel zur Wahrung des allgemeinen Rechtsfriedens**, da sonst unerwünschte Selbstjustizeffekte entstehen würden: Der Besitzer würde sich mit Gewalt gegen den Besitztzug wehren – dieses Faustrecht zu verhindern sei zur Wahrung des Rechtsfriedens nötig.<sup>60</sup>

Die Kontinuitätstheorie von Philipp Heck zufolge sei der Grund für den Besitzschutz das **Interesse des Besitzers an der Erhaltung der Sache in seiner eigenen Interessensphäre** zur Wahrung der Kontinuität der Lebensverhältnisse.<sup>61</sup>

Bei dem Blick auf die einzelnen Theorien gilt es, eine vermittelnde Perspektive zwischen der Friedens- und der Kontinuitätstheorie einzunehmen. So obliegt die Geltendmachung der einzelnen Besitzschutzansprüche schlussendlich dem jeweiligen Besitzer, der ein **wirtschaftliches Interesse am Fortbestand seines Besitzes** hat.<sup>62</sup> Dieser Wunsch des Einzelnen ist die **Triebkraft des öffentlichen Interesses an der Wahrung des Rechtsfriedens**, sodass eine Verbindung beider Ansichten überzeugt.<sup>63</sup>

Man kann zwischen mehreren Besitzschutzarten differenzieren. Im Folgenden soll auf den **Besitzschutz im engeren Sinne** (der possessorische Besitzschutz, §§ 858 – 869 BGB) sowie auf den **Besitzschutz im weiteren Sinne** (der petitorische Besitzschutz, §§ 1007, 823, 812 BGB) eingegangen werden.

Der wesentliche Unterschied zwischen possessorischen und petitorischen Besitzschutzansprüchen besteht darin, dass beim petitorischen Besitzschutz berücksichtigt wird, ob der Inhaber der tatsächlichen Gewalt ein Recht zum Besitz hat, während dies bei den petitorischen Besitzschutzansprüchen nicht geschieht.<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> *Wieling*, FS von Lübtow, 565 (577 f.).

<sup>60</sup> *Medicus*, AcP 1965, 115 (118 f.).

<sup>61</sup> *Heck*, Grundriss des Sachenrechts, § 3 7 f.

<sup>62</sup> *Medicus*, AcP 1965, 115 (119).

<sup>63</sup> *MüKo-Joost*, Vorbemerkung §§ 854 – 872, Rn. 15 f., *Westermann*, Sachenrecht, § 8 3 a, S. 67.

<sup>64</sup> *Kollhosser*, JuS 1992, 567 (567).

## b) Besitzschutz im engeren Sinne – possessorischer Besitzschutz

Für die possessorischen Besitzschutzansprüche aus §§ 858 – 869 BGB ist stets **verbotene Eigenmacht** Voraussetzung. Diese verbotene Eigenmacht wird in § 858 legaldefiniert und liegt bei einem Besitzentzug oder einer Besitzstörung ohne, nicht notwendig gegen den Willen des unmittelbaren Besitzers und ohne gesetzliche Gestattung.<sup>65</sup> Innerhalb des petitorischen Besitzschutzes kann erneut zwischen **Selbsthilfebefugnissen** (§ 859 BGB) und **Besitzschutzansprüchen** (§§ 860 ff. BGB) unterschieden werden. Die Selbsthilfebefugnisse aus § 859 BGB erlauben dem Besitzer, sich der Beeinträchtigung seines Besitzes durch verbotene Eigenmacht zu erwehren, indem er den Besitz **verteidigt** (**Besitzwehr** gemäß § 859 I BGB) oder indem er den bereits entzogenen Besitz **wiederbegründet** (**Besitzkehr** gemäß § 859 II, III BGB).<sup>66</sup> Gemäß § 860 BGB ist auch der **Besitzdiener zur Selbsthilfe** berechtigt. Jedoch gelten auch für die Selbsthilfebefugnisse Grenzen: Ein zeitlicher Zusammenhang zwischen der Beeinträchtigung des Besitzes und der Selbsthilfehandlung muss bestehen, zudem muss diese Handlung erforderlich sein.<sup>67</sup>

Die Besitzschutzansprüche aus §§ 861, 862, 867 BGB hingegen erlauben lediglich die **Erwirkung eines Titels**, der die ursprüngliche Besitzlage wiederherstellen soll.<sup>68</sup>

## c) Besitzschutz im weiteren Sinne – petitorischer Besitzschutz

Nun hat der frühere Besitzer auch im Rahmen des petitorischen Besitzschutzes Ansprüche – es werden hierunter die Ansprüche aus § 1007 BGB und die Ansprüche auf schuldrechtlicher Grundlage aus §§ 823 ff., 812 ff. BGB zusammengefasst.

Nach § 1007 BGB wird das **bessere Recht zum Besitz** geschützt – das Eigentum: Der Anspruchsteller, der den Besitz an der beweglichen Sache unfreiwillig eingebüßt hat, kann von dem jetzigen Besitzer **Herausgabe**

---

<sup>65</sup> Röthel / Sparmann, JURA 2005, 456 (458).

<sup>66</sup> Lipp, JuS-L 1997, L 57 (L 59).

<sup>67</sup> MüKo-Joost, § 859, Rn. 9.

<sup>68</sup> Schreiber, JURA 1993, 440 (441).

verlangen, wenn dieser **beim Besitzerwerb bösgläubig** war oder wenn die Sache dem Anspruchsteller **abhanden gekommen** war.<sup>69</sup>

Zudem kommen die Ansprüche aus § 823 ff. BGB – die höchstrichterliche Rechtsprechung hat den berechtigten Besitz als **sonstiges Recht im Sinne von § 823 I BGB** anerkannt, sodass eine schuldhaft, rechtswidrige Besitzbeeinträchtigung als Rechtsfolge Schadensersatz zur Folge hat.<sup>70</sup> Dementsprechend ist der Besitz gemäß § 812 ff. BGB geschützt: Wurde der Besitz von dem jetzigen Besitz **ohne rechtfertigenden Grund durch Leistung des früheren Besitzers erlangt**, greift die **Leistungskondition** gemäß § 812 I 1 BGB ein.<sup>71</sup> Ein **Eingriff in den** (durch ein Nutzungsrecht begründeten) **Zuweisungsgehalt** des Besitzes durch verbotene Eigenmacht löst die **Eingriffskondition** gemäß § 812 I 1 2. Alt. BGB aus.<sup>72</sup>

#### **d) Schutz des mittelbaren Besitzers**

Fraglich ist nun, ob auch der mittelbare Besitzer geschützt wird – schließlich ist mittelbarer Besitz keine faktische, sondern **abgeleitete Sachherrschaft**. Zunächst gilt daher festzustellen, dass der mittelbare Besitzer keine besitzschutzrechtlichen Ansprüche (§§ 859, 861, 862 BGB) gegen den unmittelbaren Besitzer hat – er muss daher auf das dem Besitzmittlungsverhältnis zugrunde liegende Rechtsverhältnis oder allgemeine Ansprüche zurückgreifen.<sup>73</sup> Allerdings kann der mittelbare Besitzer gegenüber Dritten **possessorische Ansprüche** aus §§ 861, 862 BGB sowie die **Selbsthilferechte** aus § 859 BGB geltend machen, wenn diese gegen den Besitz des unmittelbaren Besitzers **verbotene Eigenmacht** verüben (§ 869 1 BGB).<sup>74</sup>

#### **IV. Fazit zum Besitz im deutschen Recht**

Im deutschen Recht spricht man vom Besitz, wenn tatsächliche Sachherrschaft vorliegt, zu der auch subjektiv ein Wille gegeben sein muss. Der Besitzer muss nicht diese tatsächliche Sachherrschaft nicht zwingend selber ausüben, er kann auch mittelbar durch einen anderen besitzen – oder sogar

---

<sup>69</sup> Staudinger-Gursky, § 1007, Rn. 1.

<sup>70</sup> BGHZ 32, 194 (204 f.); BGHZ 62, 243 (248).

<sup>71</sup> Baur / Stürner, Sachenrecht, § 9, Rn. 38.

<sup>72</sup> Lopau, JuS 1980, 501 (505).

<sup>73</sup> Schapp / Schnur, Sachenrecht, § 6, Rn. 82.

<sup>74</sup> Lipp, JuS-L 1997, L 57 (L 60).

unmittelbar trotz mangelnder faktischer Gewalt durch einen Besitzdiener. Der Besitz ist rechtlich vielfältig geschützt, so existieren diverse possessori-sche Ansprüche gegen verbotene Eigenmacht sowie petitorische Ansprüche, darunter auch ein deliktischer Anspruch aus § 823 I BGB, wobei der Besitz als sonstiges Recht gilt.

### **C. Besitz im englischen Recht**

Nun ist fraglich, wie sich der Besitz im englischen Recht darstellt. Wie wird Besitz in der englischen Rechtswissenschaft definiert? Wie ist dessen daraus resultierende Funktion? Diese Fragen sollen in diesem Teil beantwortet werden.

#### **I. Historische Entwicklung des Besitzes in England**

Zur genauen Würdigung der Begrifflichkeit des Besitzes und zur Kreierung einer Kommunikationsgrundlage für einen späteren Vergleich der rechtshistorischen Entwicklung des Besitzes in Deutschland, England und Frankreich ist eine Betrachtung der rechtshistorischen Entstehung des Besitzes in England unerlässlich.

So stammt der Besitz im englischen Recht von der *seisin* ab – eine der deutschen Gewere (s.o. B I) ähnlichen frühmittelalterlichen Rechtsinstitut.<sup>75</sup> Obwohl das englische Recht – anders als die kontinentalen Rechtsordnungen vom römischen Recht eher peripher tangiert wurde,<sup>76</sup> fand der Begriff *possession* durch den Einfluss des römischen Rechts Einzug in das englische Recht – dabei galt ***possession* zunächst nur als Bezeichnung für eine bestimmte Art der Pacht**, tatsächliche Sachherrschaft wurde also nicht vorausgesetzt.<sup>77</sup> Im 12. Jahrhundert wurden von Heinrich II. den römischen Interdikten (vgl. oben B I) ähnliche *possessory assizes* – Rechtsbehelfe – eingeführt, die die Eindämmung verbotener Eigenmacht bei Streitigkeiten um Grundstücksrechte fördern sollten – diese sowie andere Regelungen zum Schutz gewisser Fremdbesitzer wurden jedoch 1833 und 1852 abgeschafft.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 174.

<sup>76</sup> Zweigert / Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 14 II, S. 178.

<sup>77</sup> Staudinger-Bund, Vorbemerkung §§ 854 – 872, Rn. 32.

<sup>78</sup> Staudinger-Bund, Vorbemerkung §§ 854 – 872, Rn. 32.

## II. *Common law* und *equity*

Im englischen Rechtssystem existiert – im Gegensatz zu der Kontinentaleuropäischen Rechtstradition – keine klassische zivilrechtliche Kodifikation.<sup>79</sup> Stattdessen gibt es das Common Law, was – vereinfacht gesagt – als ein Fallrecht bzw. Richterrecht, begleitet durch einige geschriebenen *writs* (wobei der Begriff 1999 abgeschafft und durch „*claim form*“ ersetzt wurde), bezeichnet werden kann.<sup>80</sup> Dazu kommt das System der *Equity*, welches auf Billigkeits- und Gerechtigkeitserwägungen beruht und dazu dient, die Lücken des Common Law zu füllen, sodass diejenigen, die nach Common Law nicht zu ihrem Recht gekommen sind, sich auf die *equity* als ergänzenden Rechtsschutz berufen können.<sup>81</sup> Gemeinsam stellen Common Law und Equity die tragenden Säulen des englischen Rechts dar.<sup>82</sup> Das englische Sachenrecht und somit auch der Besitz basiert auf dem Fallrecht des Common law.

## III. Bedeutung des Besitzes im englischen Recht

Im Folgenden ist auf die Bedeutung des Besitzes einzugehen, danach sollen die Voraussetzungen dafür erörtert werden, verschiedene Besitzarten differenziert werden und deren Erlangung besprochen werden.

### 1. Grundsätzliche Bedeutung

„Das englische Recht hat wahrlich niemals eine absolut logische und erschöpfende Definition von „Besitz“ ausgearbeitet“, sagte Earl Jowitt bereits in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts – in der Tat ist der Besitz (*possession*) im englischen Recht eine recht kompliziert konstruierte Figur.<sup>83</sup> So wird zwischen dem Besitz als **Kernrecht** und dem aus dem Besitz fließenden **Nutzungsrecht** unterschieden.<sup>84</sup> Zudem wird jemand grundsätzlich als Besitzer bezeichnet, wenn etwas besitzt, über das er **offenkundige Kontrolle** (*apparent control*) hat oder wenn der die **offenkundige Macht** (*apparent*

---

<sup>79</sup> Blechschmidt, ZfRV 1987, 3 (3).

<sup>80</sup> Ebenda.

<sup>81</sup> von Bernstorff, Einführung in das englische Recht, § 1, S. 6.

<sup>82</sup> Blechschmidt, ZfRV 1987, 3 (3).

<sup>83</sup> Middleton, England: Sachenrecht in Europa, 93 (108).

<sup>84</sup> Middleton, England: Sachenrecht in Europa, 93 (108).



*power*) hat, **andere vom Besitz auszuschließen**.<sup>85</sup> Auch der Rechtswissenschaftler Louis Arthur Goodeve greift diesen Gedanken auf und hält das Eigentum einerseits für ein positives Recht, dass dem Inhaber Rechte von nahezu unbeschränktem Ausmaß bringt – der Besitz hingegen sei ein negatives Recht, dass den Gewahrsamsinhaber vor unerlaubten Störungen schütze.<sup>86</sup> Zudem gilt der Besitz als Recht – wie auch das Eigentum (*ownership*).<sup>87</sup>

Der tatsächliche Besitzer eines Objekts hat das **Besitzrecht gegenüber allen** – es sei denn, jemand hat ein **besseres Recht zum Besitz**, denn dann wird jener zum Eigentümer von Rechts wegen.<sup>88</sup> So hat beispielsweise der Besitzer eines Mantels ein Besitzrecht gegenüber jedem – außer dem Eigentümer des Mantels. Wird dieser Mantel jedoch von einem Dieb entwendet, kann der Bestohlene, vormalige Besitzer diesen Mantel dank seines besseren Rechts zum Besitz, dem Eigentümer, zurückfordern.

## 2. Voraussetzungen des Besitzes

Nun stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen *possession* entstehen kann.

Zunächst gilt die **physische Gewalt** über den zu besitzenden Gegenstand als grundlegende Voraussetzung für das Vorliegen des Besitzes – allerdings muss sie komplett vorhanden sein (*actual power*), höchstwahrscheinliche oder fast sichere physische Gewalt ist nicht ausreichend.<sup>89</sup> Jedoch ist der Grad, nachdem zu beurteilen ist, wie hoch die physische Gewalt über den zu besitzenden Gegenstand nach den Umständen zu beurteilen.<sup>90</sup> So muss der zu besitzende Gegenstand nicht stets im unmittelbar erreichbaren Gebiet (*instant reach*) des potentiellen Besitzers sein – pflegt z.B. der Bewohner eines Zimmers seinen Hut und seine Schuhe vor der Zimmertür zu platzieren, hat er Besitz an den Schuhen und dem Hut, obwohl sie sich nicht in seinem Sichtfeld befinden.<sup>91</sup> Dennoch sollte die physische Kontrolle über

---

<sup>85</sup> *Pollock / Wright*, An essay on possession in the common law, S. 3.

<sup>86</sup> *Goodeve*, *Goodeve's Modern law of personal property*, S. 13 f.; Middleton, England: Sachenrecht in Europa, 93 (108).

<sup>87</sup> *Holmes*, *The common law*, S. 215: “[...] the protection which the law attaches by way of consequence to possession, is as truly a right in a legal sense [...]”.

<sup>88</sup> *Goodeve*, *Goodeve's Modern law of personal property*, S. 14.

<sup>89</sup> *Young v. Hitchens* (1844), 6 QB 606.

<sup>90</sup> *Holmes*, *The common law*, S. 217.

<sup>91</sup> *Pollock / Wright*, An essay on possession in the common law, S. 7.

den Gegenstand zu hoch wie möglich sein (*greatest degree of physical control*), gemessen an Eigenheiten des jeweiligen Besitzenden und des Gegenstandes.

Ein weiteres Beispiel für die für den Besitz zu beurteilenden Faktoren ist der im englischen Recht berühmte Fall des Schiffs *The Tubatia*: Das Schiff sank und es ergab sich, dass es nur zu bestimmten Zeiten geborgen werden konnte. Die Klägerin markierte die Position der Fracht mit Bojen und begann mit den Bergungsarbeiten, als eine zweite Bergungsmannschaft ebenfalls mit zu dem Wrack tauchte und die restliche Fracht heraufholte – hier hatte die Klägerin bereits ausreichende Gewalt und somit Besitz über das Wrack von *The Tubatia* erlangt.<sup>92</sup>

Ein zusätzliches Erfordernis ist ein **Willen des Besitzes**. Früher war für ein Vorhandensein dieses subjektiven Elements eine Intention (*intention*) Voraussetzung, nach der der Besitzer den Willen haben muss, andere Personen von der tatsächlichen Sachherrschaft auszuschließen (*animus domini / possidendi* – Herrschafts- / Besitzwille).<sup>93</sup> Neuere Rechtsprechung setzt lediglich einen **Willen, die Sache zu besitzen** (*intention to possess*) seitens des Besitzers voraus.<sup>94</sup> Ähnlich wie die physische Gewalt über den Gegenstand, deren Vorliegen nach den Umständen beurteilt werden muss (s.o.) gibt es auch für das Vorliegen sowie die Tauglichkeit des *animus domini* bzw. *possidendi* keinen konkreten Richtwert.<sup>95</sup> Allerdings ist **nicht erforderlich, dass der Besitzer ein Recht zum Besitz hat,**<sup>96</sup> sodass auch Diebe, Finder, Entleiher, Spediteure, unbefugte Betretende bzw. Gebrauchende die oben genannten Voraussetzungen (tatsächliche Sachherrschaft und Ausschließungswillen) erfüllen und somit Besitzer sein können.<sup>97</sup>

### 3. Arten des Besitzes

Auch im englischen Recht wird der Besitz durch die Katalogisierung in unterschiedliche Besitzarten differenziert.

---

<sup>92</sup> *Faber / Lurger*, National Reports on the Transfer of Movables in Europe: Volume 2, S. 21 f.

<sup>93</sup> *Goodeve*, *Goodeve's Modern law of personal property*, S. 13.

<sup>94</sup> *J A Pye (Oxford) Ltd v. Graham* [2003] 1 AC 419 (436).

<sup>95</sup> *Pollock / Wright*, *An essay on possession in the common law*, S. 8.

<sup>96</sup> *Goodeve*, *Goodeve's Modern law of personal property*, S. 13.,

<sup>97</sup> *Middleton*, England: Sachenrecht in Europa, 93 (110 f.).

### a) *de facto* / tatsächlicher (*actual*) Besitz

Einerseits existiert die Figur des *de facto* oder tatsächlichen (*actual*) Besitzes. Damit ist die **tatsächliche (physische) Sachherrschaft über einen Gegenstand** gemeint – unabhängig von der rechtlichen Berechtigung zum Besitz.<sup>98</sup> Der *de facto*-Besitz muss sich nach außen hin zeigen – wie in welchem Maße dies geschieht, ist nach den Umständen zu beurteilen: So hat Goodeve ein Beispiel geprägt, wonach sich der Besitz eines Mantels, den man trägt (nach außen hin) manifestiert – anders jedoch bei einem Mantel, den man bei einem Schneider anprobiert.<sup>99</sup>

### b) Konstruktiver (*constructive*) Besitz

Außerdem gibt es den konstruktiven (*constructive*) Besitz. Darunter versteht man in England das **Auseinanderfallen von dem Recht zum Besitz (*right to possess*) und des tatsächlichen Besitzes** (also den *de facto*-Besitz).<sup>100</sup> So kann A das Recht zum Besitz haben, B aber tatsächlicher Besitzer sein – in derartigen Konstellationen ist A konstruktiver Besitzer bzw. mittelbarer Besitzer (*bailor*), B ist Besitzmittler (*bailee*).<sup>101</sup>

#### aa) Das Besitzmittlungsverhältnis

Das Recht eines mittelbaren Besitzers gegenüber dem Besitzmittler wird also als konstruktiver Besitz bezeichnet. Das Verhältnis zwischen beiden ist das **Besitzmittlungsverhältnis, *bailment***. Der **mittelbare Besitzer hat ein höherrangiges Recht als der Besitzmittler**, der willentlich und aufgrund einer Ermächtigung im Besitz der Güter ist.<sup>102</sup> So hat der mittelbare Besitzer auch stets einen **Rückgabeanspruch** bezüglich der Gegenstände.<sup>103</sup>

Umstritten ist unter englischen Rechtswissenschaftlern, ob das Besitzmittlungsverhältnis in einer Beziehung zu dem Vertragsrecht hat bzw. wie aus-

---

<sup>98</sup> Pollock / Wright, An essay on possession in the common law, S. 14.

<sup>99</sup> Goodeve, Goodeve's Modern law of personal property, S. 12.

<sup>100</sup> Pollock / Wright, An essay on possession in the common law, S. 14.

<sup>101</sup> Middleton, England: Sachenrecht in Europa, 93 (109).

<sup>102</sup> Middleton, England: Sachenrecht in Europa, 93 (115).

<sup>103</sup> Morris v. C.W. Martin & Sons Ltd [1996] 1 QB 716, 731.

geprägt dies ist. In älteren Ansätzen wurde vertreten, dass das *bailment* einen Unterpunkt eines vertraglichen Verhältnisses darstelle.<sup>104</sup>

Fraglich ist auch, ob eine Einigung zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer nötig ist. Früher wurde dies bejaht,<sup>105</sup> jedoch gibt es Untertypen des Besitzmittlungsverhältnisses, bei denen dies ohne Zustimmung des mittelbaren Besitzers geschieht: Einmal existiert die Figur des Besitzmittlungsverhältnis durch Gerichtsurteil (*bailment by finding*), zudem gibt es ein Besitzmittlungsverhältnis auf zweiter Ebene (*sub-bailment*).<sup>106</sup>

Heute ist jedoch allgemein anerkannt, dass ein gültiges Besitzmittlungsverhältnis auch **ohne vertragliche Beziehung** zustande kommen kann.<sup>107</sup> So wird beispielsweise der Fahrer eines Gepäckwagens Besitzmittler in Bezug auf die Gepäckstücke, die auf seinen Wagen geladen werden.<sup>108</sup>

Auch der Finder einer Sache ist *bailee*.<sup>109</sup> Das *bailment* ist also von jeglichen vertraglichen Gegebenheiten und Vereinbarungen entkoppelt, sodass das *bailment* folglich auch weiterbesteht, wenn der Vertrag nicht mehr besteht.<sup>110</sup>

Weiterhin haben die Besitzmittler diverse Rechte und Pflichten, so auch, dass sie die Gegenstände **vor Störungen von Dritten gegen die betreffenden Gegenstände schützen müssen** – dies steht im krassen Gegensatz zu den allgemeinen Grundsätzen des Common Law, die niemanden dazu verpflichten, die Gegenstände eines Dritten zu schützen.<sup>111</sup>

### c) Symbolischer (*symbolic*) Besitz

Schließlich gibt es im englischen Recht die Figur des symbolischen (*symbolic*) Besitzes. Dabei manifestiert sich diese Besitzart, wenn der Besitzer etwas in seiner tatsächlichen Herrschaftsgewalt hat, was wiederum einen **Gegenstand verkörpert**, beispielsweise einen Schlüssel zu einem Auto oder Raum oder Dokumente, die Rechte beurkunden.<sup>112</sup>

---

<sup>104</sup> R. v. Ashwell [1885] 16 QBD 190.

<sup>105</sup> Pollock / Wright, An essay on possession in the common law, S. 73.

<sup>106</sup> Middleton, England: Sachenrecht in Europa, 93 (156).

<sup>107</sup> Bell, Modern law of personal property in England and Ireland, S. 95.

<sup>108</sup> Houghland v. R R Low (Luxury Coaches) Ltd [1962] 1 QB 694.

<sup>109</sup> Poppen, Die Mobiliarmiete im englischen und deutschen Recht, S. 24.

<sup>110</sup> Poppen, Die Mobiliarmiete im englischen und deutschen Recht, S. 24.

<sup>111</sup> Faber / Lurger, National Reports on the Transfer of Movables in Europe: Volume 2, S. 24; Middleton, England: Sachenrecht in Europa, 93 (156).

<sup>112</sup> Middleton, England: Sachenrecht in Europa, 93 (109).

#### 4. Gewahrsam (*custody*)

Zusätzlich zu den Besitzarten gibt es die Rechtsfigur des Gewahrsams (*custody*). Gewahrsam bedeutet die **Möglichkeit der Gewaltausübung über einen körperlichen Gegenstand ohne Besitz** an ihm zu haben – so hat beispielsweise ein Ladenangestellter keinen Besitz an den Waren seines Arbeitsgebers, sondern nur *custody*.<sup>113</sup>

Betrachtet man jedoch den Gewahrsam näher, fallen Abgrenzungsprobleme zum mittelbaren Besitz auf. Dieses Problem wird gelöst, indem gefragt wird, ob der über den Gegenstand Gewalt ausübende vernünftigerweise als Besitzmittler bezeichnet werden kann.<sup>114</sup> Wird diese Frage negiert, liegt lediglich Gewahrsam vor.

#### 5. Verhältnis des Besitzes zur Miete

Während die Miete beweglicher Gegenstände durch die oben unter 3 b) aa) geschilderte Figur des *bailment* realisiert wird, ist die Immobiliarmiete im englischen Recht (*tenancy / lease*) am ehesten in der *leasehold* verwirklicht. Dabei gilt zu beachten, dass im englischen Recht noch immer der Grundsatz existiert, dass **alles Land der Krone** gehört, was dazu führt, dass es kein Eigentumsrecht im klassischen Sinne an Grundstücken gibt.<sup>115</sup>

Jedoch gibt es stattdessen Herrschaftsrechte (*estates*), darunter die *estate in freehold*, die die stärkste Rechtsposition im englischen Grundstücksrecht ist.<sup>116</sup> Weniger stark und mit der Immobiliarmiete zu vergleichen ist die *leasehold*:

Hierbei gibt wird dem *lessee (oder leaseholder)* ein **zeitlich befristetes Besitzrecht an der Immobilie überlassen, dieser muss im Gegenzug einen Mietzins zahlen**.

Ist die *leasehold* längerfristig angelegt (sie kann bis zu 125 Jahre dauern), kann der *lessee* seinerseits ebenfalls eine *lease* mit einer dritten Person vereinbaren, dabei muss die vereinbarte Laufzeit kürzer als die seine sein.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> Pollock / Wright, An essay on possession in the common law, S. 10.

<sup>114</sup> Middleton, England: Sachenrecht in Europa, 93 (115).

<sup>115</sup> von Bernstorff, Einführung in das englische Recht, § 7, S. 126 f.

<sup>116</sup> von Bernstorff, Einführung in das englische Recht, § 7, S. 126 f.

<sup>117</sup> Kopp, MittBayNot 2001, 287 (287).

## 6. Übertragung des Besitzes

Der Besitz im englischen Recht wird je nach Besitzart unterschiedlich übertragen.

### a) Übertragung bei tatsächlichem Besitz

Zunächst ist die Besitzübertragung (*delivery*) bei tatsächlichem Besitz zu betrachten. Hier ist die Definition aus Sektion 61 (1) des Sale of Goods Act 1979 heranzuziehen, wonach Besitzübertragung als „**freiwilliger Transfer des Besitzes von einer Person zu der anderen**“ bezeichnet wird.<sup>118</sup> Dazu ist jedoch eine komplette Beendigung des Transports erforderlich – eine höchstwahrscheinliche, zeitnahe Beendigung reicht nicht aus.<sup>119</sup>

### b) Übertragung bei konstruktivem Besitz

Bei der Rechtsfigur des konstruktiven Besitzes wird die **Kontrolle der Sache transferiert** – ohne dass der Erwerber des Besitzes tatsächliche Sachherrschaft erlangt.<sup>120</sup> So können die Gegenstände zum Beispiel an eine von dem Käufer benannte Person konstruktiv übergeben werden, der dann für den Käufer unmittelbar besitzt.<sup>121</sup>

### c) Übertragung bei symbolischen Besitz

Bei der dritten Art der Besitzübertragung, der symbolischen Besitzübertragung, wird der physische Transfer von einem kleinen Teil der Ware, wobei sich beide Parteien der Besitzübertragung einig sind, dass die **Transaktion des kleinen Teils die Transaktion des gesamten Teils symbolisiert**.<sup>122</sup> So kann beispielsweise ein Schlüssel als Symbol des Besitzes übergeben werden.

---

<sup>118</sup> *Faber / Lurger*, National Reports on the Transfer of Movables in Europe: Volume 2, S. 26.

<sup>119</sup> *Balmoral Supermarket Ltd v. Bank of New Zealand* [1974] 2 NZLR 155.

<sup>120</sup> *Faber / Lurger*, National Reports on the Transfer of Movables in Europe: Volume 2, S. 26.

<sup>121</sup> *Bridge*, Personal Property Law, S. 35.

<sup>122</sup> *Pollock / Wright*, An essay on possession in the common law, S. 28.

## IV. Funktion des Besitzes im englischen Recht

Nun, nachdem die Bedeutung des Besitzes konkretisiert ist, soll auf den konkreten Nutzen des Besitzes im englischen Recht eingegangen werden. So ist der Besitz – wie bereits erwähnt (siehe oben unter C II 1) – im englischen Recht Quasi-Eigentum, wenn niemand dem Besitzer mit einem besseren Recht zum Besitz entgegenreten kann. Dies führt zu diversen Schutzmechanismen, auf die im Folgenden hauptsächlich eingegangen werden soll.

### 1. Schutz des Besitzes an beweglichen Sachen

Der Schutz des Besitzes an beweglichen Sachen wird weitestgehend durch das *tort law* realisiert, das sich mit den zivilrechtlichen Folgen der unerlaubten Handlungen beschäftigt.

#### a) trespass to chattels

Die wichtigste Besitzschutzmaßnahme ist der *tort of trespass*. Dabei ist es erforderlich, dass jemand **vorsätzlich und direkt auf eine bewegliche Sache (*chattel*) einwirkt, die im Besitz eines anderen steht.**<sup>123</sup> Vorsatz ist erforderlich – er muss sich jedoch nicht auf die Fremdheit der Sache beziehen, es reicht aus, dass in Bezug auf die bloße Einwirkung vorsätzlich gehandelt wird.<sup>124</sup>

Fahrlässigkeit oder zufälliger Kontakt mit den betreffenden Sachen genügt nicht, ebenso ist eine Klage aus *trespass to chattels* bei im alltäglichen Leben gewöhnlichen Berührungen ausgeschlossen.<sup>125</sup>

Da diese Klageart besitzschützend ist, ist konsequent der jeweilige Besitzer der beweglichen Gegenstände klageberechtigt, zudem ist der Nachweis eines Schadens nicht erforderlich.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S.193.

<sup>124</sup> Markesinis / Deakin, Tort law, S. 406.

<sup>125</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 193.

<sup>126</sup> Markesinis / Deakin, Tort law, S. 407.

## b) Conversion

Bei dem *tort* der *conversion* ist der Umgang mit den Gegenständen **in einer Art, die nicht mit dem Recht des wahren Eigentümers vereinbar ist**, erfasst („[...] *dealing with good in a manner inconsistent with the rights of the true owner, so denying the right of the owner to his goods, or asserting a right which is inconsistent with the owner's right* [...]“).<sup>127</sup> Geschützt ist folglich nicht die tatsächliche Sachherrschaft des Klägers, sondern dessen Recht an der Sache.<sup>128</sup> Der Klagegegner muss den Willen, mit den beweglichen Sachen umzugehen gehabt haben; dies muss der Kläger ebenso nachweisen wie seinen Besitz bzw. sein Recht zum Zeitpunkt der Störung unmittelbar zu besitzen.<sup>129</sup>

## c) Rechtsfolgen

Bei den *tort*-Klagen kann der Richter gemäß des *Torts (Interference with Goods) Act 1977* – je nach Ermessen – auf **Schadensersatz** in Geld oder zur **Herausgabe** der Sache in Natur verurteilen.<sup>130</sup> Zudem existiert die Rechtsfigur des *replevin*, eine Art **vorläufiger Rechtsschutz**, der bei Besitzentziehung eine Rückgabe der Sache bis zum Abschluss des Verfahrens sicherstellen kann – durch den *Torts (Interference with Goods) Act 1977* wurde dessen Nutzungsmöglichkeit durch dort geschaffene vorläufige Rückgabemöglichkeiten weitestgehend eingeschränkt.<sup>131</sup> Schließlich hat der Besitzer, wenn die Tatbestände des *trespass* oder der *conversion* erfüllt, ein **Selbsthilferecht** – dabei muss jedoch beachtet werden, dass dies friedlich (*peaceful*) und nicht gewalttätiger als unbedingt nötig („*no more force than is reasonable in the event of opposition*“) geschieht.<sup>132</sup>

## 2. Schutz des Besitzes an Grundstücken

Grundstücke werden sowohl durch die *torts* als auch durch den Herausgabeanspruch der *action for the recovery of land* geschützt.

---

<sup>127</sup> Harpwood, Law of torts, S. 248, Rn. 16.1.2.

<sup>128</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 194.

<sup>129</sup> Harpwood, Law of torts, S. 248, Rn. 16.1.2.

<sup>130</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 194 f.

<sup>131</sup> Markesinis / Deakin, Tort law, S. 412.

<sup>132</sup> Markesinis / Deakin, Tort law, S. 412.



## a) **Besitzschutz durch *tort law***

Zunächst kann sich der Besitzer Störungen durch Klagen mittels des *tort law* erwehren.

### aa) ***tresspass to land***

Die Klageart aus *tresspass to land* ist der vorangehend geschilderten Klage aus *tresspass to chattels* hinsichtlich der Voraussetzungen sehr ähnlich: Erforderlich ist ein **direktes und unmittelbares, unerlaubtes Einwirken auf ein Grundstück** – denkbar ist bloßes Betreten eines Grundstücks bis hin zur Beschädigung oder völligen Besitzentziehung.<sup>133</sup> Auch das unbefugte Eindringen von Tieren oder das Werfen von Gegenständen auf das Grundstück erfüllen den Tatbestand des *tresspass to land*.<sup>134</sup> Es ist umstritten, ob Vorsatz vorhanden sein muss oder ob Fahrlässigkeit ausreicht; allerdings muss kein Vorsatz für die Fremdheit des Grundstücks gegeben sein, es reicht also das vorsätzliche Betreten eines Grundstücks aus, selbst wenn man dies für das Eigene hält.<sup>135</sup> Klageberechtigt ist stets der unmittelbare Besitzer (*de facto possessor*) – dieser kann jeden verklagen, der nicht das unmittelbare Recht auf Rückgewährung des Rechts an dem Grundstück hat.<sup>136</sup>

### bb) ***nuisance***

Zudem existiert der *tort* der *nuisance* – dabei ist hier der zivilrechtliche *tort of private nuisance* gemeint (*public nuisance* ist ein Straftatbestand). Dieser umfasst **Nutzungsbeeinträchtigung des Grundstücks in der Weise, dass sich das Verhalten von Personen nicht nur auf ihr eigenes, sondern auch auf angrenzende, andere Grundstücke auswirkt**, voraus.<sup>137</sup> Diese Beeinträchtigungen müssen für den Kläger unzumutbar sein, diesen Schaden muss er sogar grundsätzlich nachweisen.<sup>138</sup> Denkbar sind hier typi-

---

<sup>133</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 189.

<sup>134</sup> Stenger, Die Haftung aufgrund unverschuldeter Eingriffe in Eigentum und Besitz an unbeweglichen Sachen, S. 89 f.

<sup>135</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 189.

<sup>136</sup> Harpwood, Law of tort, S. 136, Rn. 10.2.10.

<sup>137</sup> Stenger, Die Haftung aufgrund unverschuldeter Eingriffe in Eigentum und Besitz an unbeweglichen Sachen, S. 119 f.

<sup>138</sup> Harpwood, Law of torts, S. 146, Rn. 10.10.

scherweise durch Immissionen bedingte Störungen wie Lärm, Rauch, Wasser, Geruch oder Gas.

Kern der *nuisance* ist die Beeinträchtigung der ungestörten Nutzung eines Grundstücks, folglich ist nur der unmittelbare Besitzer eines Grundstücks klageberechtigt.<sup>139</sup>

### cc) *Rechtsfolgen*

Grundsätzlich hat der Kläger Anspruch auf eine **Entschädigung in Geld**, allerdings kann er auch eine **Unterlassung** oder **Beseitigung der Störung** durch eine *injection* verlangen.<sup>140</sup> Zudem existieren für beide *torts* – ähnlich wie bei den o.g. *torts*, die den Besitz an beweglichen Gegenständen schützen – eine Art **Selbsthilferecht**: Bei *trespass* ist die Möglichkeit gegeben, den Eindringling zu vertreiben oder den Besitz an dem Grundstück zurück zu gewinnen.<sup>141</sup> Bei *nuisance* besteht unter gewissen, strengen Voraussetzungen die Möglichkeit, die Störungsquelle ausfindig zu machen und sie auf fremden Grundstücken eigenmächtig zu entfernen (*abatement*), jedoch ist bei beiden Selbsthilfemöglichkeiten stets das Gebot der Angemessenheit (*reasonableness*) zu beachten.<sup>142</sup>

### b) **Besitzschutz durch Herausgabeanspruch**

Zusätzlich zu den o.g. Möglichkeiten der Klage durch *torts* besteht noch die Möglichkeit, Grundstücke durch die *action of recovery of land*, eine Art Herausgabeanspruch, herauszufordern. Dabei muss der Kläger nachweisen, ein **besseres Recht zum Besitz** zu haben als der Beklagte.<sup>143</sup> Gelingt dies, kann der Kläger das Grundstück herausfordern.

## V. **Fazit zum Besitz im englischen Recht**

Fokussiert man den Begriff des Besitzes im englischen Recht, fällt auf, dass es zweierlei Voraussetzungen dafür gibt: Ein objektives Element der faktischen Sachherrschaft (*actual power*) sowie ein subjektives Element, dass

---

<sup>139</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 190.

<sup>140</sup> Murphy, Street on torts, S. 289 ff.

<sup>141</sup> Markesinis / Deakin, Tort law, S.449 f.

<sup>142</sup> Murphy, Street on torts, S. 291 f.

<sup>143</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 186 f.

sich im Willen, die Sache zu besitzen, niederschlagen muss. Dabei muss der Besitzer dank dem *bailment* nicht stets selber die Sachherrschaft ausüben, so kann er konstruktiven Besitz durch einen Besitzmittler ausüben. Der Besitzer hat ein Besitzrecht gegenüber allen anderen – es sei denn, jemand hat ein besseres Recht zum Besitz – bspw. Eigentum. Dieses Besitzrecht wird durch die Klagemöglichkeit der *torts* geschützt, wobei hier unterschiedliche *torts* für den Besitz von beweglichen und Immobilien anzuwenden sind.

## **D. Besitz im französischen Recht**

Nachdem der Besitz im deutschen und englischen Recht bearbeitet wurde, soll nun der Besitz im französischen Recht näher betrachtet werden.

### **I. Historische Entwicklung des Besitzes in Frankreich**

Der zuerst vorhandene Einfluss des römischen Rechts und deren Lehre von *possessio* verschwand im 4. Jahrhundert und wich der *saisine*, eine der deutschen Gewere ähnlichen Rechtsfigur, die den Inhaber des Rechts dazu befähigten, das Verhältnis zu ihrer körperlichen oder nicht-körperlichen Sache richterlich schützen zu lassen.<sup>144</sup> Gegen Ende des 12. Jahrhundert begann die französische Rechtswissenschaft, sich wieder verstärkt mit dem römischen Recht auseinanderzusetzen, was zu Folge hat, dass noch heute viele Einflüsse der römischen *possession* im französischen Besitzrecht zu finden sind.<sup>145</sup>

### **II. Bedeutung des Besitzes im französischen Recht**

Fraglich sind hier die Bedeutung des Besitzes im französischen Recht und dessen Voraussetzungen sowie dessen Erwerbs- und Verlustmöglichkeiten.

#### **1. Grundsätzliche Bedeutung**

In dem französischen Zivilgesetzbuch, dem Code civil von 1804 wurde der Besitz (*possession*) zur in Zusammenhang bzw. als Voraussetzung der Er-

---

<sup>144</sup> Warnkönig / von Stein, Französische Staats- und Rechtsgeschichte, S. 295.

<sup>145</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 113.

sitzung (*prescription*) anerkannt:<sup>146</sup> Art 2255 C.c.<sup>147</sup> benennt den Besitz als Inhabung einer Sache oder die Ausübung eines Rechts, die selbst oder durch einen Dritten erfolgt, der die Sache im Namen des Besitzers innehat oder das Recht im Namen des Besitzers ausübt.<sup>148</sup> Der Sach- und Rechtsbesitz wird hier folglich gleichgestellt. Jedoch ist eine umfassende und konkrete Regelung des Besitzes im Code civil nicht zu finden.<sup>149</sup>

Deswegen sind in der französischen Lehre nach allgemeiner Ansicht die Anforderungen des Besitzes in Art. 2261 C.c. (ununterbrochen, friedlich, öffentlich, unzweideutig und als Eigentümer) nicht nur Voraussetzungen der Ersitzung, sondern konstruktive Merkmale des Besitzes.<sup>150</sup> Es ergibt sich so folgende Definition: Unter Besitz wird die **tatsächliche, physische oder materielle Herrschaft oder Gewalt** (*maîtrise, pouvoir, puissance*) verstanden, die darin besteht, eine **Sache wie ein Eigentümer zu gebrauchen**, zu nutzen oder umzuändern.<sup>151</sup>

Der Besitz ist somit die tatsächliche **Ausübung der Vorzüge und Vorrechte des Eigentums** (*exercice de fait des prérogatives d'un droit*).<sup>152</sup> Daraus folgt, dass nicht die Sache als solches, sondern das Recht an der Sache als faktische Ausübung eines Rechts über eine Sache Gegenstand der *possession* ist.<sup>153</sup>

Dieses Besitzverständnis ergibt sich aus der in Frankreich weit verbreiteten Auffassung, der Besitz sei mit dem Eigentum so eng miteinander verbunden, dass der Besitz ein wichtiges Mittel zur Nutzung des Eigentums ist.<sup>154</sup>

Zusätzlich hat nur der Eigenbesitzer *possession* im Sinne dieser Definition, zugunsten dieses Eigenbesitzers wird bei beweglichen Sachen vermutet, dass er auch deren Eigentümer ist.<sup>155</sup>

Jedoch ist es nicht relevant, ob der Besitzer (*possesseur*) tatsächlich Eigentümer oder Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts ist – er muss **lediglich behaupten**, dass dies der Fall ist oder sich den Anschein geben, es

---

<sup>146</sup> Staudinger-*Bund*, Vorbemerkung §§ 854 – 872, Rn. 31.

<sup>147</sup> Durch ein 2008 eingeführtes Reformgesetz wurde die Zahlweise der Artikel verändert – im Folgenden wird daher stets die neue Zählung verwendet.

<sup>148</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 113.

<sup>149</sup> Dedek, ZEuP 1997, 342 (358).

<sup>150</sup> Peter, FS Hübner, 173 (179).

<sup>151</sup> Wiget, Studien zum französischen Besitzrecht, § 1 III, S. 6.

<sup>152</sup> Terré / Simler, Droit civil – Les biens, S. 139, Rn. 152.

<sup>153</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 114.

<sup>154</sup> Wiget, Studien zum französischen Besitzrecht, § 1 III, S. 5.

<sup>155</sup> Hubrecht, Das französische Zivilrecht, S. 74.

zu sein.<sup>156</sup> So kann in Frankreich auch ein Dieb als Besitzer gelten, wenn er sich wie oben erklärt als Eigentümer verhält oder dies behauptet. Liegen die oben genannten Voraussetzungen nicht vor, kann noch immer das Rechtsinstitut der Detention (*détention précaire*) einschlägig sein (dazu unten).<sup>157</sup>

Zusätzlich zu dem Besitz an Sachen kann in Frankreich auch **Besitz an Rechten** erlangt werden, damit die Inhaber gewisser Rechte (beispielsweise Nutzniesser (*usufruitier*), Pfandgläubiger einer beweglichen Sache (*créancier gagiste*), Erbbauchberechtigter (*superficiaire*) und Wohnrechtsinhaber (*titulaire d'un droit d'habitation*) auf Besitzschutzmechanismen zurückgreifen konnten, ohne den Eigentümer um Hilfe bitten zu müssen.<sup>158</sup> Wie der Sachbesitz manifestiert sich der Rechtsbesitz in der Ausübung und dem Genuss eines Rechts nieder, sodass sich der Rechtsbesitz als tatsächliche Ausübung des dinglich beschränkten Rechts definieren lässt.<sup>159</sup> Daraus ergeben sich Parallelen zu dem Sachbesitz, der sich als tatsächliche Ausübung eines des Rechts Eigentum nicht klar von dem Rechtsbesitz abgrenzen lässt.<sup>160</sup>

## 2. Voraussetzungen des Besitzes

Der Besitz im französischen Recht setzt also eine gewisse tatsächliche Macht (*pouvoir de fait*) über ein Gut voraus – diese wiederum benötigt für ihr Vorliegen **materielle Merkmale der Machtausübung** hinsichtlich des Gutes (*corpus*-Voraussetzung) sowie eine **psychologische Willenseinstellung** desjenigen, der das Gut in seiner Gewalt hat (*animus*-Voraussetzung).<sup>161</sup>

Die *corpus*-Voraussetzung als objektives Element des Besitzes zeichnet sich dadurch aus, dass der Handelnde durch Herrschaftsakte (*actes de maître*) **die Sache wie der Inhaber eines dinglichen Rechts benutzt**, d.h., dass er sie z.B. gebraucht, benutzt oder Verbesserungen oder Verarbeitungen vornimmt.<sup>162</sup> Dies ist im Hinblick darauf, dass der Besitz grundsätzlich nicht

---

<sup>156</sup> Wiget, Studien zum französischen Besitzrecht, § 1 III, S. 6.

<sup>157</sup> Beysen, Frankreich, in: Sachenrecht in Europa, 179 (204).

<sup>158</sup> Wiget, Studien zum französischen Besitzrecht, § 4 II, S. 16 f.

<sup>159</sup> Larroumet, Droit civil – Les biens, S. 42, Rn. 59; Wiget, Studien zum französischen Besitzrecht, § 4 II, S. 17.

<sup>160</sup> Larroumet, Droit civil – Les biens, S. 42, Rn. 59.

<sup>161</sup> Minuth, Besitzfunktionen beim gutgläubigen Mobiliarerwerb im deutschen und französischen Recht, S. 48 f.

<sup>162</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 114 f.

auf die rein faktische, sondern auf die rechtliche Beziehung einer Person zu einer Sache abstellt konsequent.

Zudem ist – wie bereits oben angedeutet – nicht erforderlich, dass der Besitzer rechtlich auch wirklich Inhaber jenes dinglichen Rechts ist, es genügt, dass seine Handlungen auf die Ausübung eines dinglichen Rechts verweisen.<sup>163</sup> Besitz ist auch gegeben, wenn ein Auto geparkt wird und der Besitzer für einen bestimmten Zeitraum nicht zugegen ist – es genügt also auch virtuelle Herrschaftsgewalt.<sup>164</sup>

Subjektiv ist ein gewisser Besitzwille (*animus domini*) erforderlich. Dieser manifestiert sich in den besagten Herrschaftsakten, welche **gewollt als Ausdruck eines Rechts an einer Sache verwirklicht werden müssen** – also bspw. den Willen, sich wie ein Eigentümer zu verhalten.<sup>165</sup> Auch hier ist es gleichgültig, ob der Handelnde mit Bös- oder Gutgläubigkeit agiert bzw. ob der Wille dem Recht entspricht oder nicht; auch ein Dieb kann bei Vorliegen des der *corpus*- und *animus*-Elemente Besitzer sein.<sup>166</sup>

Grundsätzlich vermutet Art. 2230 C.c. den Willen des Besitzers einer Sache, d.h., dass angenommen wird, dass jemand für sich selber und als Eigentümer besitzt – so lange nicht bewiesen wurde, dass dieser jemand für einen anderen zu besitzen begonnen hat.<sup>167</sup>

### 3. Der *détenteur précaire*

Mangelt es an dem *animus domini*, ist der Inhaber des Gewahrsams ein Detentor (*détenteur précaire* oder *détenteur*, Art. 2266 C.c.). Dieser hat die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache, jedoch **mangelt es ihm an dem Willen, wie ein Eigentümer zu besitzen (*animus detinendi*)** – der *détenteur* übt seine **Sachherrschaft aufgrund eines beschränkt dinglichen Rechts oder eines schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses** aus.<sup>168</sup> *Détenteur* ist beispielsweise Fremdbesitzer oder Besitzdiener.<sup>169</sup>

Aufgrund des Fremdbesitzerwillens des *détenteurs* hat dieser die Sache auch nicht als seine eigene, sondern als fremde zu behandeln.<sup>170</sup> Dieser Willen,

---

<sup>163</sup> Beysen, Frankreich, in: Sachenrecht in Europa, 179 (206).

<sup>164</sup> Ferid / Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, 3 A 112, S. 539.

<sup>165</sup> Ferid / Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, 3 A 115, S. 540.

<sup>166</sup> Beysen, Frankreich, in: Sachenrecht in Europa, 179 (208).

<sup>167</sup> Ferid / Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, 3 A 117.

<sup>168</sup> Peter, FS Hübner, 173 (184).

<sup>169</sup> Hübner / Constantinesco, Einführung in das französische Recht, § 24, S. 183.

<sup>170</sup> Hubrecht, Das französische Zivilrecht, S. 74.

Herrschaft über eine Sache unter Anerkennung von fremdem Eigentum auszuüben, bildet das *animus*-Element der Detention, während das *corpus*-Element gleich dessen des Besitzes ist.<sup>171</sup> Für den Dritten dürfte es daher meist nicht möglich sein, den *détenteur* vom *possesseur* zu unterscheiden.<sup>172</sup> Ähnlich der Vermutung hinsichtlich des *animus domini* bei der *possession* vermutet Art. 2231 C.c., dass eine angefangene *détention précaire* so auch fortgesetzt wurde – als Beispiel dient hier stets die Detention einer Mietsache, wo vermutet wird, dass die tatsächliche Sachherrschaft, die die Dauer der Miete überdauert, weiterhin die Qualität der Detention hat.<sup>173</sup>

Grundsätzlich sind sich die französischen Rechtswissenschaftler einig, dass die **Detention keine unsichere Variante des Besitzes** darstellt, sondern ein eigenständiges Rechtsinstitut, das dem Besitz jedoch in einigen Bereichen ähnlich ist.<sup>174</sup> Seinen Ursprung hat die Detention im römischen Recht, wo der Inhaber des *precarium* jederzeit zur Herausgabe der Gewalt an den Geber verpflichtet war.<sup>175</sup>

#### 4. Erwerb und Verlust des Besitzes

Erworben wird der Besitz durch Herstellung der Sachherrschaft (*appréhension*) persönlich oder durch einen Vertreter (*corpore alieno*), getragen vom Willen der Eigenberechtigung.<sup>176</sup> Der Besitz wird folglich durch das **Zusammentreffen der *corpus*- und *animus*-Elemente begründet**. Die tatsächliche Sachherrschaft kann durch einen besitzergreifenden Akt des Erwerbers (*occupation*) oder durch Übergabe (*tradition, délivrance*) ergriffen werden – jedoch sind beide Möglichkeiten der Besitzerlangung Realakte, da vertragliche Einigungen zwar Eigentum, nicht jedoch Besitz übertragen vermögen können.<sup>177</sup> Da die Herstellung der Sachherrschaft (*corpus*-Element) nicht persönlich geschehen muss, ist es möglich, dass der Erwerber die Sache bereits in seiner Gewalt hat und *détenteur précaire* ist – hier fehlt lediglich noch der *animus domini* zur Besitzerwerbung; andererseits kann der bisherige Besitzer die Sachherrschaft weiterhin für den Er-

---

<sup>171</sup> Wiget, Studien zum französischen Besitzrecht, § 8 II, S. 70 f.

<sup>172</sup> Wiget, Studien zum französischen Besitzrecht, § 8 II, S. 70 f.

<sup>173</sup> Beysen, Frankreich, in: Sachenrecht in Europa, 179 (208).

<sup>174</sup> Beysen, Frankreich, in: Sachenrecht in Europa, 179 (210).

<sup>175</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 115.

<sup>176</sup> Ferid / Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, 3 A 135.

<sup>177</sup> Hubrecht / Vermelle, Droit civil, S. 94; Ferid / Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, 3 A 135.

werber (bzw. den neuen Besitzer) ausüben und so vom *possesseur* zum *détenteur précaire* werden.<sup>178</sup>

Beendet wird der Besitz durch den Verlust von sowohl *corpus*- als auch *animus*-Element; fällt lediglich der Besitzwille weg, die Sachherrschaft bleibt aber bestehen, wird der bisherige Besitzer zum *détenteur précaire*.<sup>179</sup>

## 5. Verhältnis des Besitzes zur Miete

Im französischen Recht hat der **Mieter keinen Besitz**, er ist lediglich *détenteur*. Jedoch ist er dadurch nicht schutzlos und kann sich einiger Klagemöglichkeiten gegen die Störung seiner Miete bedienen (siehe 6 a) und b) ).

Auch gegen den Vermieter hat der *détenteur* Ansprüche – so kann jener das dingliche Mietverhältnis nicht durch einfache Wegnahme beenden, sondern muss bei einer Weigerung des Mieter, die Mietsache herauszugeben, den Weg einer Räumungsklage wählen.<sup>180</sup>

## 6. Funktion des Besitzes

Auch im französischen Recht hat der Besitz vielfältige Funktionen, die im Folgenden erörtert werden sollen. Dabei liegt der Fokus auch hier auf den Möglichkeiten des Besitzschutzes.

### a) Die Besitzschutzklagen (*les actions possessoires*)

Zunächst sind die **possessorischen Besitzschutzklagen** (*les actions possessoires*) zu beachten. Dabei wird zwischen *complainte*, *dénonciation de nouvel œuvre* und der *action en réintégration* unterschieden. Jedoch gilt zu beachten, dass diese Klagen **ausschließlich den Besitz an Immobilien bzw. an dinglichen Rechten an unbeweglichen Sachen schützen** – der Schutz des Besitzes an unbeweglichen Sachen wird sowohl mit dem relativ geringen Wert beweglicher Sachen, der Eigentumsvermutung bei beweglichen Sachen, die eine Eigentumsklage ermöglicht sowie dem strafrechtlichen Schutz des Besitzes von beweglichen Sachen begründet.<sup>181</sup>

---

<sup>178</sup> Ferid / Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, 3 A 135.

<sup>179</sup> Beysen, Frankreich, in: Sachenrecht in Europa, 179 (214 f.).

<sup>180</sup> Schnatzenberg, Der falsch verstandene „Mittelbare Besitz“, S. 60 f.

<sup>181</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 117 f.



Die Besitzklagen können erhoben werden, wenn der Besitz (zum Schutz des détenteurs: siehe unten b) ) gestört wird; die Art und Weise der Störung führt zu der korrekten Klageart – bei Erfolg ist in der Regel der tatsächliche Zustand wiederherzustellen, der vor der Störung herrschte.<sup>182</sup> Gemeinsam haben alle Klagen die Klagefrist von einem Jahr ab dem Auftreten der Störung, Art. 1264 C.c..<sup>183</sup>

#### **aa) *Complainte und dénonciation de nouvel œuvre***

Traditionell haben die *complainte* und die *dénonciation de nouvel œuvre* ähnliche römisch-rechtliche Wurzeln und sind seit ihrem Entstehen im 13. Jahrhundert zu einem grundsätzlich **einheitlichen Regelungskomplex** verwachsen, teilweise wird die *dénonciation de nouvel œuvre* auch als präventive Variante der *complainte* bezeichnet.<sup>184</sup> So haben beide Klagearten zunächst die Voraussetzung, dass der gestörte Besitz mindestens ein Jahr ununterbrochen angedauert hat.<sup>185</sup>

Hinzu kommen muss eine **Störung des Besitzes** (*trouble possessoire*), also eine Handlung, die mit dem Besitz des Klägers nicht vereinbar ist – möglich sind sowohl Störungen durch rein tatsächliche Handlungen (*trouble de fait*) oder durch rechtsgeschäftliche bzw. rechtsgeschäftsähnliche Handlungen (*trouble de droit*).<sup>186</sup> So ist beispielsweise das Betreten eines fremden Grundstücks, die Besitzentziehung oder die völlige Unzugänglichmachung daran eine Störung in diesem Sinne. Bei der *complainte* muss diese Besitzstörung gegenwärtig vorliegen (*trouble actuel*), bei der *dénonciation de nouvel œuvre*, die präventiv (*action préventive*) vor potentiell störenden Bauwerken auf anderen Grundstücken schützt, ist eine lediglich drohende Störung (*trouble éventuel*) ausreichend.<sup>187</sup>

#### **bb) Die *action en réintégration***

Die Klageart der *action en réintégration* setzt ebenfalls eine Störung voraus, diese muss aber zu einem **kompletten Besitzverlust auf Seiten des Klä-**

---

<sup>182</sup> Beysen, Frankreich, in: Sachenrecht in Europa, 179 (217).

<sup>183</sup> Beysen, Frankreich, in: Sachenrecht in Europa, 179 (218).

<sup>184</sup> Cornu, Droit civil, S. 651, Rn. 1595.

<sup>185</sup> Müller, Besitzschutz in Europa, S. 119.

<sup>186</sup> Beysen, Frankreich, in: Sachenrecht in Europa, 179 (217).

<sup>187</sup> Cornu, Droit civil, Rn. 1594 f.; Müller, Besitzschutz in Europa, S. 120 f.

gers führen – allerdings ist hier, anders als bei der *complainte*, auch Besitz, der noch nicht ein Jahr andauerte, geschützt.<sup>188</sup> Zudem muss die Besitzentziehung **gewaltsam** (*violente*) oder durch **verbotene Eigenmacht** (*voie de fait*) erfolgen.<sup>189</sup> Die Gewalt bei der Besitzentziehung wird von der französischen Rechtsprechung als besonders schwere Form der verbotenen Eigenmacht konkretisiert.<sup>190</sup>

### **b) Schutz des *détenteur précaire***

Im Jahre 1975 wurde der Code civil um die Artikel 2282 und 2283 ergänzt, um auch dem *détenteur* einen **Schutz seiner Detention** zukommen zu lassen; hauptsächlich sollte damit die Stellung der Mieter verbessert werden.<sup>191</sup> Vorher konnte sich der Detentor nur mit der Klageart der *action en réintégration* gegen gewaltsame Besitzentziehung zu Wehr setzen, was zur Folge hatte, dass der *détenteur* sein Recht nicht gegen Dritte verteidigen konnte.<sup>192</sup> Demzufolge ist der *détenteur* **wie der Besitzer gerichtlich (auch gegen Dritte) geschützt**, obwohl sein obligatorisches Verhältnis eigentlich zwischen den beteiligten Parteien wirksam ist.<sup>193</sup> Er kann folglich ebenfalls von den oben geschilderten Klagemöglichkeiten der *actiones possessoires* Gebrauch machen.

### **c) Deliktischer Besitzschutz**

Auch im französischen Recht sind deliktische Ansprüche zum Schutz des Besitzes gegeben: Gemäß Art. 1382 ist derjenige, der einem anderen schuldhaft einen Schaden zufügt, zum **Ersatz des Schadens** verpflichtet – dabei kann sowohl die Verletzung eines dinglichen oder obligatorischen Rechts als auch die Beeinträchtigung eines Interesses einen Schaden darstellen, dabei müssen die verletzten Rechtsgüter ein rechtlich geschütztes Interesse darstellen.<sup>194</sup> Folglich löst die Beeinträchtigung der tatsächlichen Sach-

---

<sup>188</sup> *Beysen*, Frankreich, in: Sachenrecht in Europa, 179 (217).

<sup>189</sup> *Terré / Simler*, Droit civil – Les biens, S. 169 f., Rn. 202.

<sup>190</sup> *Müller*, Besitzschutz in Europa, S. 121.

<sup>191</sup> *Staudinger-Bund*, Vorbemerkung zu §§ 854 – 872, Rn. 31.

<sup>192</sup> *Wiget*, Studien zum französischen Besitzrecht, § 11 I, S. 94.

<sup>193</sup> *Peter*, FS Hübner, 173 (184).

<sup>194</sup> *Müller*, Besitzschutz in Europa, S. 133.

herrschaft einen Schadensersatzanspruch aus Art. 1382 C.c. aus – und zwar **unabhängig davon, ob der Betroffene *possesseur* oder *détenteur* ist.**<sup>195</sup>

#### **d) Beweisrechtliche Funktion des Besitzes**

Zusätzlich zu den bereits erwähnten Schutzfunktionen durch die Möglichkeit der Klage existiert ein weiterer Vorteil für den Besitzer von sowohl beweglichen als auch unbeweglichen Sachen, da er in einem Rechtsstreit bezüglich des dinglichen Rechts an der Sache, die er besitzt, stets Beklagter ist und sein Gegner beweisen muss, dass er der rechtliche Inhaber des betroffenen dinglichen Rechts ist.<sup>196</sup>

### **III. Fazit zum Besitze im französischen Recht**

In Frankreich setzt der Besitz ein objektives- (*corpus*) und ein subjektives- (*animus*) Element voraus. Allerdings setzt das objektive Merkmal der gewissen Machtausübung voraus, dass der Besitzer die Sache wie der Inhaber eines dinglichen Rechts benutzt - dies muss sich ebenfalls im Willen desjenigen manifestieren. Mangelt es an dem Willen, liegt ein Fall der *détention précaire* vor, wonach der *détenteur* den Besitz für jemand anderen ausübt und dies auch weiß und will. Die Detention ist eine eigene, wenn auch mit dem Besitz stark verknüpfte Rechtsfigur, die gleichermaßen wie der Besitz possessorisch und deliktisch geschützt ist.

### **E. Vergleich der Grundkonzepte - Besitz im deutschen, französischen und englischen Recht - Gemeinsamkeiten und Unterschiede**

Vergleicht man die Grundkonzepte des Besitzes in den Rechtsordnungen in Deutschland, England und Frankreich, fällt schnell auf, dass der Besitz grundsätzlich einen faktischen Zustand beschreibt. So kann stets ein Dieb Besitzer sein – ungeachtet der tatsächlichen materiellen Rechtslage. Mag diese Katalogisierung (auch aufgrund der im Sprachgebrauch nicht stattfindenden Differenzierung zwischen Besitz und Eigentum) beim Laien auf Unverständnis stoßen, so ist sie doch konsequent und logisch, da der Besitz

---

<sup>195</sup> Ferid / Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, 3 A 110.

<sup>196</sup> Larroumet, Droit civil – Les biens, S. 50, Rn. 72; Beysen, Frankreich, in: Sachenrecht in Europa, 179 (218).

als solches lediglich auf die tatsächliche Faktenlage abstellt. Innerhalb dieser faktischen Begriffsdefinition bildet sich zunächst ein objektives *corpus*-Merkmal heraus. Dies berücksichtigt die faktische Sachherrschaft, d.h. die nach außen getragene Manifestation des Besitzes.

Genauere Definitionen über das Ausmaß der Sachherrschaft im konkreten Einzelfall sind unbekannt – es empfiehlt sich so stets der Rückgriff auf die allgemeinen Lebensumstände bzw. der Verkehrsauffassung, wie dies in Deutschland praktiziert wird.

In England wird auf die Möglichkeit abgestellt, andere von dem Zugriff auf die zu besitzenden Sachen auszuschließen – was wiederum ein gewisses Maß an eigenem Zugriff auf die Sachen erfordert, sodass dieser Ansatz *de facto* ebenfalls zumindest teilweise auf die Sachherrschaft gründet. Davon unterscheidet sich die Begriffsbestimmung in der französischen Lehre, die besagt, dass der Besitz sich darauf stützt, dass jemand eine Sache wie ein Eigentümer gebraucht und folglich Besitzer ist. Nichtsdestotrotz ist auch hier eine tatsächliche Macht (*pouvoir de fait*) über die Sachen erforderlich. Zusätzlich zu der rein physischen Beziehungskomponente des *corpus* kommt eine psychologische Einstellung zu der Sache, das *animus*-Element. Die Ausprägung davon ist unterschiedlich: Im deutschen Recht wird bei der gesetzlichen Definition des § 854 BGB nur ein Wille zur tatsächlichen Sachherrschaft vorausgesetzt. Der generelle Besitzwille des *animus domini* ist dennoch auch im deutschen Recht bekannt, so regelt dies § 872 BGB im Rahmen des Eigenbesitzes als Voraussetzung der Ersitzung oder des rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs.<sup>197</sup> In Frankreich und England stellen die subjektiven Voraussetzungen jeweils auf einen Willen in Bezug auf die objektiven Voraussetzungen ab, wobei in England lediglich die *intention*, die Sache zu besitzen, genügt. In Frankreich ist der Wille, das Gut wie ein Eigentümer zu gebrauchen, nötig, sodass eine Übereinstimmung zwischen Psyche und Physis des betreffenden potentiellen Besitzers forciert wird. Dennoch fällt auf, dass die französische und englische Rechtsordnung einen weitaus strengeren Rahmen in Bezug auf das subjektive Element des Besitzes anlegen. Betrachtet man jedoch die deutsche Rechtsfigur des Besitzdieners, relativiert sich dieser eigentlich weite *animus*-Begriff des BGB. Hier hat der Besitzdiener zwar Sachherrschaft und will dies auch. Dennoch wird

---

<sup>197</sup> MüKo-Joost, § 872, Rn. 1.

für ein für Besitzdiener wie beispielsweise Ladenangestellte der Besitz verneint.

Übereinstimmung unter den einzelnen Rechtskulturen besteht allerdings darin, dass nicht stets der Besitzer höchstpersönlich die tatsächliche Sachherrschaft innehaben muss. Er kann seinen Besitz durch jemand anderen ausüben lassen und so zum mittelbaren Besitzer werden. Derjenige, der für den mittelbaren Besitzer die Sachherrschaft ausübt, ist in Deutschland der unmittelbare Besitzer (aufgrund eines Besitzmittlungsverhältnisses), Frankreich der *détenteur* und in England der *bailee*. Unterschiede bestehen darin, dass der französische *détenteur* kein Besitz im Sinne der *possession* hat und somit eher als Inhaber zu qualifizieren ist. Jedoch ist er durch die Gesetzesreform von 1975 im Ergebnis ähnlich wie ein Besitzer geschützt, was die Unterschiede (zumindest bezüglich der in dieser Arbeit bearbeiteten Schutzfunktionen des Besitzes) minimiert. So bietet sich der Vergleich des *détenteurs* mit dem Fremdbesitzer im deutschen Recht an: Letzter besitzt ebenfalls die Sache lediglich mit der Willensrichtung eines Inhabers eines beschränkten dinglichen, obligatorischen oder sonstigen Rechts, auch ihm wird der possessorische Besitzschutz gewährt.

Besagte Schutzmöglichkeiten des Besitzes bzw. der tatsächlichen Sachherrschaft existieren in den untersuchten Rechtsordnungen gleichermaßen, wobei jedoch beachtet werden muss, dass zumindest im Rahmen der *actions possessoires* ein Schutz des Besitzes beweglicher Sachen nicht gewährleistet ist – dies wird durch die Eigentumsvermutung jedoch durch die Möglichkeit der Eigentumsklage korrigiert.

So ergibt sich, dass sich der Kern des Besitzes im deutschen, englischen und französischen Recht trotz aller offenkundigen, Unterschiede durchaus ähnelt. Dies erscheint verwunderlich, gerade in Anbetracht der Tatsache, dass vor allem mit dem englischen Common Law und dem kodifizierten Privatrecht in Kontinentaleuropa sehr konträre Rechtssysteme aufeinander treffen.