

3. Teil

Besitz und Besitzschutz

A. Possessorischer Anspruch bei Besitzentziehung

I. Anspruch auf Herausgabe aus § 861

Wird dem unmittelbaren Besitzer der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so kann er nach § 861 die Herausgabe der Sache von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt. Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört, so kann er nach § 862 von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Die genannten Vorschriften schützen den Besitzer vor verbreiter Eigenmacht. Geschützt wird nicht nur der rechtmäßige, sondern auch der unrechtmäßige Besitz. Sinn der Regelung ist es nämlich insbesondere auch, eine eigenmächtige Rechtsdurchsetzung zu verhindern. Wer einen Anspruch auf Herausgabe des Besitzes hat, soll diesen mit Hilfe der Gerichte und nicht eigenmäßig durchsetzen. Hat z.B. ein Vermieter seinem Mieter wirksam gekündigt, und räumt der Mieter die Wohnung nicht, darf der Vermieter nicht einfach den Mieter eigenhändig aus der Wohnung werfen, sondern muss die Gerichte bemühen.

325

Der Begriff „possessorischer“ Besitzschutz gibt diese Zielrichtung zutreffend wieder. Er kommt von dem lateinischen Wort „possessio“ = der Besitz und verdeutlicht, dass dieses Rechtsinstitut den Besitz als solchen, und nicht das Recht zum Besitz schützt.

Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes aus § 861

I. Anspruchsentstehung

1. Der Anspruchsteller war unmittelbarer Besitzer
2. Der Anspruchsgegner ist (unmittelbarer oder mittelbarer) Besitzer
3. Besitzentzug beim Anspruchsteller durch verbotene Eigenmacht, § 858 Abs. 1
4. Fehlerhafter Besitz des Anspruchsgegners, § 858 Abs. 2
5. Kein Anspruchsausschluss nach § 861 Abs. 2

II. Keine rechtsvernichtenden Einwendungen

III. Durchsetzbarkeit

1. Anspruchsentstehung

a) Früherer unmittelbarer Besitz des Anspruchstellers

Der Anspruch aus § 861 setzt, im Unterschied zum Anspruch aus § 868 voraus, dass der Anspruchsteller **unmittelbarer** Besitzer der Sache war. Für den possessorischen Anspruch aus § 861 ist es gleichgültig, ob es sich dabei um eine bewegliche Sache oder um ein Grundstück handelt.

326

Nach § 854 Abs. 1 wird der unmittelbare Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache erworben.

Dabei sind folgende Erweiterungen zu beachten: Wird die tatsächliche Gewalt über eine Sache durch einen **Besitzdiener** ausgeübt, so ist gem. § 855 nur der Besitzherr unmittelbarer Besitzer im Rechtssinne.



Besitzdiener ist, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen ausübt und dabei dessen Weisungen Folge zu leisten hat. Die h.M. schließt aus den in § 855 genannten Beispielen, dass es sich um ein soziales Abhängigkeitsverhältnis handeln muss.¹

Beispiel Geschäftsinhaber B befindet sich im August auf Safariurlaub in Kenia. Sein Angestellter D nimmt während der Abwesenheit des Chefs die von Lieferanten angelieferte Ware entgegen. Auch wenn B die tatsächliche Gewalt über die Sachen während seiner Abwesenheit nicht ausüben kann, so ist allein B unmittelbarer Besitzer. ■

Eine zusätzliche Erweiterung bringt § 857. Danach geht der Besitz mit dem Tode des Besitzers auf dessen Erben über, der damit, u.U. ohne von seiner Erbschaft zu wissen, bereits Besitzschutz genießt. War der Erblasser unmittelbarer Besitzer, dann ist es nach seinem Tode nunmehr sein Erbe.

b) Unmittelbarer oder mittelbarer Besitz des Anspruchsgegners

- 327** Anspruchsgegner ist derjenige, der die Sache derzeit im Besitz hat. Dabei ist es gleichgültig, ob der Anspruchsgegner unmittelbarer (§ 854) oder mittelbarer (§ 868) Besitzer ist.

c) Besitzentzug beim Anspruchsteller durch verbotene Eigenmacht, § 858 Abs. 1



- 328** Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht liegt nach § 858 Abs. 1 dann vor, wenn dem unmittelbaren Besitzer **ohne dessen Willen** und **ohne gesetzliche Gestattung** der Besitz entzogen wird.

Verschulden des Täters ist dafür nicht erforderlich. Verbotene Eigenmacht liegt daher auch dann vor, wenn der Täter ohne Verschulden davon ausgehen musste, dass er niemandem den Besitz entzieht.

Beispiel Schuldloses Vertauschen eines Mantels im Lokal ist auch verbotene Eigenmacht.² ■

Im Einzelnen müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

a) Eigenmacht

- 329** Die Besitzentziehung ist eigenmächtig, wenn sie **ohne** den Willen des Besitzers erfolgt. Nicht erforderlich ist, dass sie gegen seinen Willen erfolgt. Eigenmächtige Besitzentziehung liegt daher auch dann vor, wenn der Besitzer nicht weiß, dass ihm der Besitz entzogen wird.

1 Z.B. BGH in BGHZ 16, 259 ff.

2 Davon zu unterscheiden ist die bei § 992 anzusprechende Streitfrage, ob die verbotene Eigenmacht für den Schadensersatzanspruch aus §§ 992, 823 schulhaft sein muss.

Beispiel Der Vermieter, der die Möbel des Mieters aus der Wohnung räumen lässt, begeht auch dann Eigenmacht, wenn der Mieter davon nichts weiß. ■

Gestattet der Besitzer dem anderen die Wegnahme, ist dies kein Rechtfertigungsgrund, sondern es fehlt bereits an der Eigenmächtigkeit der Besitzentziehung.

bb) Fehlende Rechtfertigungsgründe

Die Eigenmacht ist **verboten**, wenn das Gesetz die eigenmächtige Besitzentziehung nicht gestattet. Dies ist der Regelfall. In folgenden Fällen ist die Eigenmacht dagegen ausnahmsweise gerechtfertigt und es liegt keine verbotene Eigenmacht vor: 330

(1) Besitzkehr, § 859 Abs. 2–4

Besitzkehr ist möglich, wenn der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde. Dabei differenziert das Gesetz zwischen beweglichen Sachen (Abs. 2) und Grundstücken (Abs. 3). In beiden Fällen ist die Besitzkehr nur in engem zeitlichen Rahmen (Abs. 2: „auf frischer Tat betroffen“; Abs. 3: „sofort nach der Entziehung“) zulässig. Außerhalb dieses zeitlichen Rahmens ist eigenmächtige Wiederverschaffung des Besitzes nur noch im Rahmen der §§ 229, 230 gestattet. 331

Beispiel D stiehlt das Motorrad des A. Darf A, der D dabei beobachtet hat, dem D das Motorrad gewaltsam wieder abnehmen? Darf er es ihm noch nach 4 Wochen gewaltsam abnehmen?

A darf dem D das Motorrad wieder gewaltsam abnehmen. Nach 4 Wochen ist aber eine Besitzkehr nach § 859 Abs. 2 nicht mehr möglich. A kann sich nur mehr auf § 229 berufen, wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen. ■



(2) Selbsthilfe des Besitzdieners

Nach § 860 darf auch der Besitzdiener für den Besitzherrn die in § 859 genannten Rechte 332 ausüben.

Beispiel Der Angestellte A des Ladeninhabers E beobachtet den Ladendieb L, der gerade im Begriff ist, mit der gestohlenen Ware das Weite zu suchen. A kann dem L nach §§ 860, 859 die Ware mit Gewalt wieder wegnehmen. ■

(3) Sonstige Rechtfertigungsgründe

Folgende sonstige Rechtfertigungsgründe sind noch zu nennen:

333 ➤ Lesen Sie alle diese Vorschriften einmal in Ruhe durch! ↗

- Das Beschlagnahmerecht nach § 127 StPO,
- die §§ 758, 808 ff. ZPO (Pfändung durch den Gerichtsvollzieher),
- die §§ 227–229 (Notwehr, Notstand, Selbsthilfe),
- § 562b (Selbsthilferecht des Vermieters zur Sicherung seines Vermieterpfandrechts),
- § 704 (Selbsthilferecht des Beherbergungswirts zur Sicherung seines Pfandrechts).

- 334** Dagegen stellt das **Besitzwehrrecht** des Besitzers nach § 859 Abs. 1 keine Rechtfertigung für eigenmächtige Besitzentziehung dar, sondern dient, im Gegenteil dazu, eine drohende verbotene Eigenmacht abzuwehren. Wer durch verbotene Eigenmacht in seinem Besitz beeinträchtigt wird, darf sich dieser Beeinträchtigung mit Gewalt erwehren. Das Recht zur Besitzwehr endet also mit dem Besitzverlust, der Besitz muss mit anderen Worten als Verteidigungsobjekt noch vorhanden sein.³ Erforderlich ist also ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff⁴. Das zulässige Ausmaß an Gewalt muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.⁵

Beispiel Unverhältnismäßig und nicht durch Besitzwehr gedeckt ist beispielsweise das Wegschaffen von Sachen und deren ungeschützte Lagerung unter freiem Himmel ohne jegliche Schutzmaßnahmen.⁶ ■

Hinweis

Einwendungen, die auf ein Recht zum Besitz gestützt werden (sog. „petitorische Einwendungen“, sind gem. § 863 gegenüber dem Anspruch aus § 861 ausgeschlossen.

Beispiel Der Vermieter, der die Sachen des Mieters M eigenmächtig aus der Wohnung entfernt hat, kann sich gegenüber dem Anspruch des Mieters auf Wiedereinräumung des Besitzes aus § 861 **nicht** darauf berufen, M sei ein Mietnomade, habe seit einem Jahr keine Miete mehr bezahlt, weswegen ihm schon seit $\frac{1}{2}$ Jahr das Mietverhältnis gekündigt worden sei und M hätte die Wohnung von Rechts wegen schon längst räumen müssen (vgl. dazu aber die Fortsetzung dieses *Beispiels* unter Rn. 338). ■

d) Fehlerhafter Besitz des Anspruchsgegners, § 858 Abs. 2

- 335** Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist nach § 858 Abs. 2 S. 1 fehlerhaft. Diese Fehlerhaftigkeit wirkt auch gegenüber dem Erben des fehlerhaften Besitzers, ohne Rücksicht auf dessen Kenntnis von der verbotenen Eigenmacht. Gegenüber anderen Besitznachfolgern eines fehlerhaften Besitzers wirkt sie nur dann, wenn ihnen bei Besitzererwerb die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Besitzvorgängers bekannt war.

e) Kein Anspruchsausschluss nach § 861 Abs. 2

- 336** Keinen Anspruch nach § 861 Abs. 1 hat der Besitzer gem. §§ 861 Abs. 2 unter folgenden – kumulativen Voraussetzungen:
- Er besitzt dem Störer oder dessen Vorgänger gegenüber fehlerhaft i.S.v. § 858 Abs. 2.
 - Er hat den Besitz im letzten Jahr vor der Entziehung/ Störung erlangt.

3 Westermann Sachenrecht § 23, 3.

4 Staudinger-Bund § 859 Rn. 7; Müko-Joost § 854 Rn. 5.

5 Westermann Sachenrecht § 23, 2; Staudinger-Bund § 859 Rn. 8 f.; Müko-Joost § 859 Rn. 7 ff.

6 BGH WM 1968, 1356, 1357.

2. Keine rechtsvernichtenden Einwendungen

a) Erlöschen des Anspruchs nach § 864 Abs. 1, Abs. 2

Der Anspruch aus § 861 Abs. 1 erlischt, wenn die Verübung der verbotenen Eigenmacht 337 länger als ein Jahr zurückliegt und nicht vorher Klage erhoben wurde (§ 864 Abs. 1) oder wenn das Besitzrecht des Täters der verbotenen Eigenmacht rechtskräftig festgestellt ist (§ 864 Abs. 2).

b) § 864 Abs. 2 analog im Falle der petitorischen Widerklage

Analog § 864 Abs. 2 ist die possessorische Klage aus § 861 abzuweisen, wenn der Beklagte auf Feststellung seiner Besitzberechtigung Widerklage (§§ 33; 256 ZPO) erhebt und Klage und Widerklage gleichzeitig im positiven Sinne entscheidungsreif sind. Hierdurch soll vermieden werden, dass auf die Klage hin der Mieter wieder in den Besitz eingewiesen wird, und er anschließend auf Widerklage hin sofort den Besitz wieder herausgeben muss.⁷

Beispiel Der Vermieter V, der die Sachen des Mieters M eigenmächtig aus der Wohnung entfernt hat, kann sich gegenüber dem Anspruch des Mieters auf Wiedereinräumung des Besitzes aus § 861 zwar **nicht** darauf berufen, M sei ein Mietnomade, habe seit einem Jahr keine Miete mehr bezahlt, weswegen ihm schon seit $\frac{1}{2}$ Jahr das Mietverhältnis gekündigt worden sei und M hätte die Wohnung von Rechts wegen schon längst räumen müssen. Er kann aber gegen M Widerklage auf Feststellung erheben, dass M verpflichtet war, die Wohnung zu räumen. Ist der Sachverhalt, der den Räumungsanspruch des V rechtfertigt, unstreitig oder erwiesen, wird das Gericht die Klage des M analog § 864 Abs. 2 abweisen. ■

Hinweis

Hierbei handelt es sich letztlich um eine Ausnahme von § 863 aus Gründen der Prozessökonomie.

3. Durchsetzbarkeit

Da der Anspruch gem. § 864 Abs. 1 bereits nach einem Jahr nach Verübung der verbotenen Eigenmacht erlischt, spielt die – theoretisch denkbare – Einrede der Verjährung für diesen Anspruch keine Rolle.

⁷ Palandt-Herrler § 863 Rn. 3.

II. Anspruch des mittelbaren Besitzers auf Herausgabe aus §§ 869, 861

340 Anspruch des mittelbaren Besitzers auf Herausgabe aus §§ 869, 861

I. Anspruchsentstehung

1. Der Anspruchsteller war **mittelbarer** Besitzer
2. Der Anspruchsgegner ist (unmittelbarer- oder mittelbarer) Besitzer
3. Besitzentzug **beim Besitzmittler** des Anspruchstellers durch verbotene Eigenmacht, § 858 Abs. 1
4. Fehlerhafter Besitz des Anspruchsgegners, § 858 Abs. 2
5. Kein Anspruchsausschluss nach §§ 869, 861 Abs. 2

II. Keine rechtsvernichtenden Einwendungen

III. Durchsetzbarkeit

Die Voraussetzungen dieses Anspruchs sind bis auf zwei Punkte mit dem Anspruch aus § 861 identisch:

Der Anspruchsteller war im Fall des § 869 **mittelbarer** Besitzer. Mittelbarer Besitz setzt nach § 868 die Beteiligung von mindestens zwei Personen voraus, nämlich den **Besitzmittler** und den **mittelbaren Besitzer**, dem der Besitzmittler den Besitz vermittelt.



Ein **Besitzmittlungsverhältnis** wird dadurch begründet, dass zwischen dem Besitzmittler und dem mittelbaren Besitzer ein (vertragliches- oder gesetzliches) Rechtsverhältnis vereinbart wird, auf Grund dessen der Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist.

Beispiel V hat dem M eine Wohnung vermietet. In diesem Fall ist M unmittelbarer Besitzer und gleichzeitig Besitzmittler des V. V ist mittelbarer Besitzer. Zwischen V und M besteht ein Rechtsverhältnis, nämlich der Mietvertrag. Dieser berechtigt den M auf Zeit (vgl. § 546 Abs. 1) dem V gegenüber zum Besitz. ■

Die Rechtswirksamkeit des Besitzmittlungsverhältnisses ist nach Ansicht des *BGH* nicht erforderlich, sofern nur irgendein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer bestehen kann (z.B. aus §§ 812 ff).⁸ Dies folgt aus der in § 868 enthaltenen Formulierung: „Besitzt jemand ... als ... Mieter“. Entscheidend ist dabei also nicht die Wirksamkeit des Vertrages, sondern die erkennbare Willensrichtung des Besitzmittlers.

Hinweis

Dabei kann es sich auch um einen bedingten oder zukünftigen Herausgabeanspruch handeln.

⁸ *BGH NJW* 1986, 2438.

Der zweite Unterschied zwischen § 869 und § 861 besteht darin, dass im Falle des § 869 die verbotene Eigenmacht **gegenüber dem Besitzmittler** begangen worden sein muss.

Ein weiterer Unterschied besteht auf der Rechtsfolgenseite. Während der Anspruchsteller nach § 861 die Herausgabe der Sache an sich verlangen kann, kann der Anspruchsteller im Fall des § 869 in erster Linie die Herausgabe nur an den Besitzmittler verlangen. Nur, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, kann der Anspruchsteller die Herausgabe an sich selbst verlangen (§ 869 S. 2).

B. Anspruch auf Beseitigung einer Besitzstörung, § 862

Nach § 862 Abs. 1 S. 1 kann der unmittelbare Besitzer einer Sache, wenn er im Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört wird, von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. § 862 Abs. 1 S. 2 lässt darüber hinaus die Unterlassungsklage zu, falls weitere Störungen zu besorgen sind. 341

Anspruch auf Beseitigung einer Besitzstörung aus § 862

I. Anspruchsentstehung

1. Der Anspruchsteller ist unmittelbarer Besitzer
2. Besitzstörung beim Anspruchsteller durch verbotene Eigenmacht, § 858 Abs. 1
3. Der Anspruchsgegner ist Störer
4. Kein Ausschluss nach § 862 Abs. 2

II. Keine rechtsvernichtenden Einwendungen

III. Durchsetzbarkeit

I. Anspruchsentstehung

1. Der Anspruchsteller ist unmittelbarer Besitzer

Der Anspruchsteller muss unmittelbarer Besitzer einer Sache sein. Im Falle des § 869 reicht hierbei wiederum mittelbarer Besitz aus. 342

Beispiel Im Mietshaus des Vermieters V wohnen zwei Mietparteien, nämlich Ferdinand Friedlich (F) und Ricky Randale (R). R stört ständig durch laute Musik die Nachtruhe. Hier können sowohl F nach § 862 Abs. 2, als auch V nach §§ 869, 862 Abs. 2 von R verlangen, dass dieser die Störungen künftig unterlässt. ■

2. Besitzstörung beim Anspruchsteller durch verbotene Eigenmacht, § 858 Abs. 1

Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht begeht nach § 858 Abs. 1 Alt. 2, wer den Besitzer ohne dessen Willen und ohne gesetzliche Gestattung im Besitz stört. 343