

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 190

**Der Besitz als Gegenstand
des Bereicherungsanspruchs**

Von

Frank Klinkhammer



Duncker & Humblot · Berlin

FRANK KLINKHAMMER

**Der Besitz als Gegenstand
des Bereicherungsanspruchs**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 190

Der Besitz als Gegenstand des Bereicherungsanspruchs

Von

Frank Klinkhammer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Klinkhammer, Frank:

Der Besitz als Gegenstand des Bereicherungsanspruchs / von
Frank Klinkhammer. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 190)

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 1995

ISBN 3-428-08703-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-08703-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	7
B. Die gemeinrechtliche condictio possessionis	11
I. Die condictio possessionis nach dem von Bruns aufgestellten Prinzip	11
II. Die gemeinrechtliche Lehre	15
C. Die Grundlage der Besitzkondition des BGB	21
I. Die Beratungen des BGB	21
1. Die Vorentwürfe des Schuld- und Sachenrechts	21
2. Die Beratungen der ersten Kommission	25
a) Die Aufnahme der condictio possessionis in den ersten Entwurf und die Ausdehnung der Klagebefugnis auf den Inhaber	25
b) Die nach wie vor ungeklärte Grundlage der condictio possessionis	29
3. Die Beratungen der zweiten Kommission	30
4. Zusammenfassung	31
II. Der Besitz als Grundlage der Besitzkondition	32
1. Die Herleitung der bereicherungsrechtlichen Schutzwürdigkeit des Besitzers aus dem Besitzschutz	33
2. Der Schutz des Besitzes als eines Beweisvorteils	37
3. Der Schutz des gutgläubigen (Ersitzungs-) Besitzes	41
4. Die Schutzwürdigkeit aufgrund § 1007 BGB	43
5. Das Haftungsinteresse des Besitzers in bezug auf den Eigentümer	44
6. Der Besitz als Vermögenswert im wirtschaftlichen Sinne	46
7. Zusammenfassung	48
III. Besitzkondition und Wandel der bereicherungsrechtlichen Dogmatik	48

1. Die fehlende Berechtigung der Unterscheidung zwischen Besitz- Leistungskondiktion und Besitz-Eingriffskondiktion	51
2. Die Besitzleistung im Vergleich zu den Leistungen ohne unmittelbare Vermögensverschiebung	55
3. Die Besitzleistung im Vergleich mit der Leistung von tatsächlichen Ver- mögenswerten	58
4. Die Besonderheit der bloßen Besitzübertragung gegenüber anderen Lei- stungen	59
IV. Die Besitzkondiktion als Schutzmittel für das (obligatorische) Besitzrecht	61
D. Die Besitzkondiktion als erleichterte Eigentumsverfolgung	68
I. Die Besitzkondiktion des Eigenbesitzers als Einredebeschränkung	69
II. Die Besitzkondiktion als gesetzliche Prozeßstandschaft des Fremdbesitzers	72
E. Inhalt und Voraussetzungen der Besitzkondiktion	78
I. Aktivlegitimation und Begründung des Anspruchs	78
II. Unmittelbarkeit des Besitzerwerbs	80
III. Einwendungen	83
1. Recht zum Besitz	83
2. Bösgläubigkeit des Klägers	89
IV. Nutzungsherausgabe	90
1. Aktivlegitimation	90
2. Passivlegitimation	92
3. Die Besitzkondiktion gegen den Ersitzungsbesitzer	97
V. Wertersatz	98
VI. Zusammenfassung	102
F. Das Verhältnis der Besitzkondiktion zu anderen Herausgabeansprüchen	104
G. Literaturverzeichnis	106

A. Einleitung

Neben dem Besitzschutz des § 861 BGB, dem sogenannten petitorischen Besitzschutz des § 1007 BGB und dem deliktischen Besitzschutz nach § 823 BGB wird im rechtsgrundlosen Erwerb des Besitzes eine ungerechtfertigte Bereicherung gesehen und demzufolge dem früheren Besitzer auch nach § 812 BGB ein Herausgabeanspruch gewährt.

Bei der Besitzkondiktion handelt es sich sogar im Vergleich zu den anderen Herausgabeansprüchen um den weitaus allgemeineren Tatbestand. Nach dem Wortlaut des Gesetzes erfordert der Besitzbereicherungsanspruch nicht mehr als den (früheren) bloßen Besitz des Klägers und ist gleichgültig, auf welche Weise der Kläger den Besitz erworben und verloren hat. Gegenüber § 861 BGB setzt der Bereicherungsanspruch keine verbotene Eigenmacht voraus, steht in jedem Fall auch dem fehlerhaft besitzenden Kläger zu und geht mit seiner 30jährigen Verjährungsfrist weit über den nach einem Jahr ausgeschlossenen Anspruch aus § 861 BGB hinaus. Alleiniger Nachteil der Besitzkondiktion ist gegenüber § 861 BGB die Zulässigkeit petitorischer Einreden, die allerdings nach h.M. noch dadurch beschränkt sind, daß sie unmittelbar gegenüber dem Kläger bestehen müssen. Auf ein Recht gegenüber einem dritten Eigentümer soll sich der Beklagte somit nicht berufen können. Gegenüber § 1007 BGB ist der Anwendungsbereich weiter, denn die Besitzkondiktion steht auch dem bösgläubigen Besitzer zu und gewährt Nutzungs- und Wertersatzansprüche über § 1007 III 2, §§ 987 ff. BGB hinaus. Mit Ausnahme der für die - hier allein konkurrierende - Eingriffskondiktion¹ überwiegend geforderten Unmittelbarkeit läßt sich feststellen, daß für den früheren Besitzer die Regelung des § 1007 BGB gegenüber dem Bereicherungsanspruch in vieler Hinsicht nachteilig ist, also durch diesen weitgehend überflüssig gemacht wird. Anders als § 823 BGB, der freilich seinerseits nicht ausdrücklich an den Besitz anknüpft, setzt die Besitzkondiktion keinen Schaden des Klägers, kein Verschulden des Beklagten und nach heute herrschender Meinung jedenfalls als Leistungskondiktion auch kein Besitzrecht des Klägers voraus, wie es für den Deliktsanspruch überwiegend gefordert wird.

¹ So wird im folgenden vereinfachend der Anspruch wegen Bereicherung „in sonstiger Weise“ („Nichtleistungskondiktion“) bezeichnet.

Es verwundert nicht, daß insbesondere im Hinblick auf die speziellen an den Besitz geknüpften Ansprüche die allgemeine Besitzkondiktion in der Vergangenheit angezweifelt worden ist. Nach Leonhard wird durch die Besitzkondiktion sogar „unser ganzes Recht umgestoßen“², andere namhafte Autoren meinen, der Anspruch biete ein „Beispiel für die erschreckende Hypertrophie der Besitzlehre“ (Wilburg³) und sei im Sinne eines Besitzschutzmittels systemzerstörend (Rabel⁴). Dementsprechend spärlich ist dann auch die Anwendung des Besitzbereicherungsanspruchs in der Praxis, wo es an einer „kasuistischen Durchbildung“ fehlt.⁵

Insbesondere der Anwendungsbereich der Eingriffskondiktion wird daher eingeschränkt, um eine Harmonisierung der Besitzkondiktion mit den Ansprüchen aus §§ 861, 1007 BGB zu erreichen. Wenn nicht generell eine Besitzeingriffskondiktion verneint worden ist⁶, wird die Aktivlegitimation der Eingriffskondiktion entweder auf den zum Besitz Berechtigten⁷ oder doch zumindest auf den gutgläubigen Besitzer⁸ beschränkt. Für die nach § 818 I BGB herauszugebenden Nutzungen ist eine Aktivlegitimation nur des im Sinne des § 993 BGB gutgläubigen Besitzers befürwortet worden⁹, teils auch eine analoge Anwendung des § 993 BGB auf den beklagten Besitzer.¹⁰ Für den Wertersatz nach § 818 II BGB soll zunächst auf das Recht des Kondiktionsklägers zurückzugehen sein¹¹, wenn nicht ein Wertersatz für den Besitz sogar generell für

² Leonhard, Schuldrecht II, S.456 (für die Eingriffskondiktion).

³ Wilburg, (Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934), S.38.

⁴ RabelsZ 10 (1936), S.424, 427.

⁵ So die Feststellung Sibers (Eigentumsanspruch und schuldrechtliche Herausgabeansprüche vom Standpunkte der Rechtsneuordnung, JherJahrb 89, S.1 ff., 91) aus dem Jahr 1941.

⁶ So Wilburg, (Fn.3), S. 37; Leonhard, (Fn.2), S.455.

⁷ Kurz, (Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondiktion, 1969), S.47 so auch Baur/Stürmer, SaR¹⁶, § 9 V 2, S.81, die auch eine Besitzkondiktion annehmen bei bloßer Besitzstörung; ähnlich zuvor schon v.Caemmerer, FS Rabel I, S.349 = Ges. Schriften I S.225 Fn.59; und offenbar auch neuerdings der BGH, WM 87, S.181, 182 (= NJW 87, S.771).

⁸ Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II, 2, S.23; Lent, Gesetzeskonkurrenz I, S.344.

⁹ Planck/Landois, § 818, Anm.4c m.w.N.; Stieve, S.69.

¹⁰ Windscheid/Kipp, Pandektenrecht I⁹, S.879 (für die Eingriffskondiktion).

¹¹ v. Caemmerer, FS Rabel I, S.350.

unmöglich gehalten wird.¹² Auch ist eine Besitzkondition des Eigentümers abgelehnt worden.¹³

Den eher diffus erscheinenden Versuchen einer Beschränkung des Tatbestandes der offenbar als Besitzschutz zu weitreichend empfundenen Besitzkondition fehlt u.E. eine tragfähige Grundlage, insbesondere stehen sie im Widerspruch zu der ursprünglich angenommenen Grundlage des Anspruchs, die allein in dem grundlosen Besitzwechsel als ungerechtfertigter Vermögensverschiebung gesehen wurde. Es besteht statt dessen Veranlassung, die auf Anhieb im Schutz des Besitzes zu vermutende Grundlage des Anspruchs in Frage zu stellen. Auch eine Differenzierung zwischen Eingriffskondition und Leistungskondition, die scheinbar die unterschiedliche Aktivlegitimation nach den Unterarten der Kondition ermöglicht und heute insbesondere für die Besitzkondition durchgeführt wird, begegnet aber Bedenken, zumal hinsichtlich der Aktivlegitimation auf Anhieb nicht einzusehen ist, wieso der Besitzer, der den Besitz durch Zufall verloren hat oder dem die Sache weggenommen wurde, schlechter stehen soll als der, der die Sache freiwillig aus der Hand gegeben hat.¹⁴ Im Vergleich der beiden Konditionstypen dürfte statt dessen ein relevanter Unterschied nur für das Merkmal „ohne rechtlichen Grund“ bestehen.

Die Besitzkondition war ansatzweise bereits im römischen Recht vorhanden. Die in den Digesten vorhandenen Quellen¹⁵ sind allerdings vereinzelt und lassen daher eine hinreichend genaue Bestimmung des Tatbestands der Klage nicht zu. Grundlegend ist daher erst der Rechtszustand des neunzehnten Jahrhunderts, denn die Verallgemeinerung des Besitz-Bereicherungsanspruchs beruht erst auf der späten gemeinrechtlichen Lehre, deren herrschende Ansicht

¹² RGRK/ Heimann-Trosien, BGB, § 818 Rn.20, geht - unter Bezugnahme auf BGH NJW 1953, S.58; RGZ 115, S.31, 34 - davon aus, daß der Wert des Besitzes allein in den vom Bereicherungsbeklagten gezogenen Nutzungen bestehe.

¹³ Endemann, (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1, 9.Auflage 1903), S. 1236 f.

¹⁴ Ähnlich Kurz, (Fn.7), S.16; v.Lübtow, Beiträge zur Lehre von der *Condictio* nach römischem und geltendem Recht, Berlin 1952, S.162.

¹⁵ Ausdrücklich erwähnt ist die *condictio possessionis* in D 13,3,2; D 47,2,25,1; D 12,6,15,1. In D 12,6,15,1 ist dem Kläger, der fremde Münzen irrtümlich für eine nicht bestehende Schuld gezahlt hat, die auf *possessio* gerichtete *condictio indebiti* zugesprochen. Der zweite Fall der Stelle bezieht sich auf eine „Besitz-Leistung“, die im römischen Recht (beispielsweise als *donatio*, *stipulatio possessionis*) möglich war. Der dritte Fall bestimmt die *condictio* im Fall der außerordentlichen Ersitzung (s. dazu Bauer, Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht, 1988, S.18 ff.). D 13,3,2; D 47,2,25,1 enthalten die *condictio possessionis* des von einem Grundstück Vertriebenen. Zu den weiteren in Betracht kommenden römischen Quellen s. Windscheid/Kipp I⁹, § 161, S.829 Fn.2. Kaser, RPR¹⁶, S.221, sieht die *condictio possessionis* als Erstreckung der *condictio furtiva*.