

## Besitzschutz

### *I. Grundlagen*

1. Obwohl der Besitz kein dingliches Recht ist, enthält das BGB zahlreiche Besitzschutzrechte.
2. Objekt des Schutzes ist primär der unmittelbare Besitz. Ziel ist, den Rechtsfrieden zu schützen und insb. gegen den Willen des Besitzers erfolgende Zugriffe auf die Sache zu verhindern.
  - a) Grundsätzlich ist die Ausübung der Besitzschutzrechte davon unabhängig, ob dem Besitzer ein Recht zum Besitz zusteht, vgl. § 863 BGB. Diese possessorischen Besitzschutzansprüche sind in §§ 858 ff. BGB geregelt.
  - b) Demgegenüber schützen die petitorischen Besitzschutz das Recht zum Besitz, § 1007 BGB, und wohl auch § 823 BGB.
3. Als possessorische Rechte stehen dem Besitzer gegen die Besitzentziehung oder -störung mittels verbotener Eigenmacht einerseits Selbsthilferechte, § 859 BGB, andererseits gerichtlich durchsetzbare Schutzansprüche §§ 861 f. BGB zu.
4. Dieser Besitzschutz knüpft an eine gegen den unmittelbaren Besitzer verübte verbotene Eigenmacht, § 858 I BGB, und den durch verbotene Eigenmacht erlangten fehlerhaften Besitz an, § 858 II BGB.
5. Folge der Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht

## Besitzschutz

mit der Fehlerhaftigkeit des Besitzes ist, dass dem fehlerhaft besitzenden Besitzer 1 Jahr lang die Besitzschutzansprüche gegen den verdrängten Besitzer vorenthalten werden, §§ 861 II, 862 II BGB.

### *II. Verbotene Eigenmacht, § 858 BGB*

1. Maßgebende Voraussetzung der possessorischen Rechte ist, dass der Besitz durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigt wird. Verbotene Eigenmacht liegt vor, wenn der Besitz ohne den Willen des Besitzers gestört oder entzogen wird, sofern nicht die Entziehung oder Störung vom Gesetz gestattet wird.
2. Voraussetzungen
  - a) Unmittelbarer Besitz (als Tatsache), unabhängig vom Recht zum Besitz oder einem rechtmäßigen bzw. unrechtmäßigen Besitz. Verhinderte Besitzerlangung genügt nicht.
  - b) Besizzentziehung oder Besitzstörung
    - aa) Besizzentziehung liegt vor, wenn der unmittelbare Besitz des Besitzers beendet wird. Entweder begründet der Dritte durch verbotene Eigenmacht selbst Besitz oder der Besitz wird sonst dauerhaft aufgehoben (Wegnahme zum Zweck der Zerstörung).

## Besitzschutz

- bb) Besitzstörung ist jede sonstige Beeinträchtigung der Sachherrschaft, die nicht als Besitzentziehung einzustufen ist. Besitzstörungen sind physische Beeinträchtigungen jeder Art, z.B. durch Sachbeschädigung, oder jede Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs (Abklemmen von Versorgungsleitungen).
- cc) Die Abgrenzungen sind fließend. Für §§ 861 f. BGB besitzt die Unterscheidung nur geringe Relevanz. Allerdings ist die an eine Besitzentziehung anknüpfende Besitzkehr an die zeitlichen Grenzen aus § 859 II, III BGB geknüpft, während die Besitzwehr unabhängig davon ist. Beim unberechtigten Parken auf einem fremden Parkplatz hängt deswegen die zeitliche Begrenzung davon ab, ob eine Besitzstörung oder Besitzentziehung angenommen wird.
- c) Der Besitz muss ohne - nicht notwendig gegen - den Willen des unmittelbaren Besitzers gestört oder entzogen sein. Es darf keine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung des unmittelbaren Besitzers vorliegen. Die des mittelbaren Besitzers ist unerheblich. Die Zustimmung ist frei widerruflich. Deswegen kann

# Besitzschutz

## Besitzschutz

das im Mietvertrag eingeräumte Zutrittsrecht des Vermieters grds. widerrufen werden.

Umstritten ist, ob die Zustimmung rechtsgeschäftlich wirkt. Da die Besitzbegründung und -aufgabe nur einen natürlichen Willen erfordert, wäre es aber widersprüchlich, die Zustimmung zur Besitzwegnahme an einen rechtsgeschäftlichen Willen zu binden.

- d) Die Beeinträchtigung darf nicht gesetzlich gestattet sein.
  - aa) Ein Recht zum Besitz oder ein Anspruch auf Besitzverschaffung (z.B. aus § 433 I 1 BGB) genügt dafür nicht.
  - bb) Eine Gestattung liegt bei amtlichen, auf Gesetz beruhenden Akten etwa des Gerichtsvollziehers vor, §§ 758, 808, 883, 892 ZPO, 150 II ZVG.  
Auch die Notwehr- und Selbsthilferechte enthalten Gestattungen, §§ 227, 229, 859, 904 - 906, 962 BGB.
- 3. Die wichtigste Rechtsfolge ist, dass der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz fehlerhaft ist, § 858 II 1 BGB, vgl. zu den Folgen §§ 861 II, 862 II BGB. Die Fehlerhaftigkeit setzt sich bei Gesamtrechtsnachfolge oder Kenntnis des Einzelrechtsnachfolgers fort. Sie endet, wenn ein Sonderrechtsnachfolger den Besitz in Un-

## Besitzschutz

kenntnis der Fehlerhaftigkeit erwirbt.

### *III. Selbsthilferechte*

#### 1. Besitzwehr § 859 I BGB

a) Die Besitzwehr ist ein Sonderfall der Notwehr. Da der unmittelbare Besitz ein notwehrfähiges Rechtsgut ist, kommt der Vorschrift insb. klarstellende Funktion zu. Da § 859 I BGB die speziellere Norm enthält, ist sie vor § 227 BGB zu prüfen. § 859 I BGB gibt dem unmittelbaren Besitzer das Recht, sich gegen eine drohende Entziehung oder andere Störung mit Gewalt zu wehren. Deswegen werden die Befugnisse aus § 859 BGB als Gewaltrechte bezeichnet. Bei vollendetem Besitztzug gilt § 859 II, III BGB (Besitzkehr).

b) Inhaber des Recht bzw. Ausübungsbefugter

aa) Unmittelbarer Besitzer.

bb) Besitzdiener gem. § 860 BGB ggü. Dritten.

cc) Unmittelbarer Teilbesitzer, § 865 BGB.

dd) Unmittelbare Mitbesitzer nach außen unbeschränkt nach innen gem. § 866 BGB.

ee) Mittelbarer Besitzer

(1) Nach einer Ansicht folgt aus dem Wortlaut von § 869 BGB, dass dem mittelbaren Besitzer nur

# Besitzschutz

## Besitzschutz

die Rechte aus §§ 861, 862 BGB zustehen. Dies sei folgerichtig, weil der mittelbare Besitzer keine Sachherrschaft innehat.

(2) Nach anderer Ansicht ist § 859 BGB analog anwendbar. Er verteidige nicht als Nothelfer fremden Besitz, sondern wehre sich gegen die Beeinträchtigung seines eigenen mittelbaren Besitzes.

- c) Besitzstörung durch Ausübung verbotener Eigenmacht § 858 I BGB.
- d) Die Besitzwehr ist nur dann rechtmäßig, wenn die Gewaltanwendung erforderlich und geeignet ist, um die Störung zu beseitigen. Daran fehlt es, wenn das störende Fahrzeug gehindert wird, wegzufahren. Eine Güterabwägung ist nicht vorzunehmen, doch sind die sozial-ethischen Grenzen wie beim Notwehrrecht einzuhalten.
- e) Gegner ist der Störer oder derjenige, der als Rechtsnachfolger gem. § 859 IV BGB fehlerhaft besitzt. Störer ist auch der Zustandsstörer (Fahrzeughalter).

## 2. Besitzkehr, § 859 II BGB

- a) Sie ist das Gewaltrecht bei Besitzentziehung. Da hier der Angriff auf den Besitz bereits erfolgreich abgeschlossen ist, handelt es sich um keinen Fall der Not-

## Besitzschutz

wehr, sondern einen Unterfall der Selbsthilfe ohne die besonderen Voraussetzungen der §§ 229 f. BGB.

b) Inhaber bzw. Ausübungsberechtigter (s.o. III.1. b).

c) Bewegliche Sache

d) Besiztziehung durch verbotene Eigenmacht.

Knackt der Dieb das Fahrradschloss, liegt Besitzstörung vor. Fährt er weg, handelt es sich um eine Besiztziehung.

e) Geeignetheit und Erforderlichkeit des Gewaltmittels.

f) Zeitliche Begrenzung

Wer die Wegnahme nicht verhindern kann, aber den Störer auf frischer Tat trifft oder verfolgt (Nacheile), handelt nicht verboten. Die Tat muss bei oder alsbald nach der Verübung entdeckt und die Verfolgung alsbald, d.h. nach der notwendigen Vorbereitung begonnen haben (Hilfsregel 30 Minuten).

g) Gegner ist der Störer oder derjenige, der als Rechtsnachfolger gem. § 859 IV BGB fehlerhaft besitzt.

3. Besitzkehr gem. § 859 III BGB

a) Abgesehen von der Voraussetzung einer unbeweglichen Sache gelten im Wesentlichen die gleichen Anforderungen, wie bei § 859 II BGB.

b) Allerdings ist die zeitliche Grenze grds. strenger aus-

## Besitzschutz

gestaltet als bei § 859 II BGB. Das Recht muss „sofort“ ausgeübt werden. Sofort bedeutet nicht „unverzüglich“, sondern so schnell, wie nach objektiven Maßstäben ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung möglich. Der das Recht Ausübende muss unmittelbar nach der Entziehung mit den objektiv erforderlichen Vorbereitungen beginnen und dann ohne zögern zur Entsetzung des Täters schreiten. In den problematischen Parkplatzfällen hat sich keine einheitliche Zeitgrenze durchgesetzt. Zu knapp sind 30 Minuten. Überwiegend werden 2 – 4 Stunden, z.T. aber auch bis zu 7 Stunden akzeptiert. Besitzrechtlich ungeeignet ist jedenfalls der Hinweis, die Motorhaube müsse noch warm sein (zur Anwendbarkeit auf Abschleppfälle BGH NJW 2009, 2530).

### *IV. Besitzentziehung, § 861 BGB*

1. Der Anspruch ist auf Wiedereinräumung des Besitzes gerichtet und bildet insofern eine Parallele zu § 985 BGB. Allerdings ist der Anspruch unabhängig von der materiellen Berechtigung und insofern nur vorläufig. Der materiell Berechtigte kann das Resultat aus § 861 BGB mit einer Herausgabeklage nach § 985 BGB umkehren.



# Besitzschutz

## Besitzschutz

### 2. Voraussetzungen

#### a) Anspruchsberechtigter

aa) Unmittelbarer Besitzer und im Todesfall sein Rechtsnachfolger, § 1922 BGB, nicht § 857 BGB.

bb) Nicht der Besitzdiener, vgl. § 860 BGB.

cc) Teilbesitzer und Mitbesitzer gem. §§ 865, 866 BGB.

dd) Mittelbarer Besitzer, gem. § 869 S. 2 BGB aber grds. nur Herausgabe an den bisherigen Besitzer.

#### b) Durch verbotene Eigenmacht entzogener Besitz.

c) Anspruchsgegner ist der jetzige Besitzer, der gegenüber dem früheren Besitzer fehlerhaft besitzt.

#### d) Ausschluss, § 861 II BGB

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer bzw. Rechtsvorgänger (gemeint: Besitzvorgänger) gegenüber fehlerhaft war und im letzten Jahr vor der Entziehung erlangt wurde. Der Ausschluss des Anspruchs gilt nur dem früheren Besitzer gegenüber, also bei Klage des Diebs gegen den Bestohlenen.

e) Ausschlussfrist gem. § 864 BGB, 1 Jahr.

### *V. Besitzstörung, § 862 BGB*

1. § 862 BGB regelt den Beseitigungs- und Unterlassungs-

## Besitzschutz

anspruch bei einer durch verbotene Eigenmacht ausgeübten Besitzstörung. Er bietet zu den §§ 12, 1004 BGB parallele negatorische Ansprüche des Besitzers (etwa des Mieters). Die Vorschrift bildet mit den §§ 12, 1004 BGB zusammen die Analogiebasis für die quasinegatorischen Ansprüche.

### 2. Voraussetzungen

- a) Anspruchsberechtigter (grds. s.o. IV. 2. a).
- b) Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht, d.h. die Besitzentziehung darf nicht vollendet sein (sonst § 861 BGB).
  - aa) Beseitigungsanspruch § 862 I 1 BGB fordert eine fortdauernde Störung. Duldungspflicht ist analog § 906 BGB zu bestimmen.
  - bb) Unterlassungsanspruch, § 862 I 2 BGB zielt auf die Verhinderung künftiger Störungen. Erforderlich ist eine auf Tatsachen begründete Wahrscheinlichkeit künftiger Störungen für die Erstbegehungsgefahr. Für die Wiederholungsgefahr begründet die begangene Störung ein starkes Indiz.
- c) Anspruchsgegner ist derjenige, der die Störung zu verantworten hat.
  - aa) Handlungsstörer ist, wer willensgesteuert durch seine Handlung auf den Besitz einwirkt.

## Besitzschutz

- bb) Zustandsstörer ist, wer eine Störungsquelle dergestalt beherrscht, dass es von seinem Willen abhängt, ob die Beeinträchtigung fort dauert.
- d) Kein Ausschluss gem. § 862 II BGB.
- e) Kein Erlöschen gem. § 864 BGB.

### *VI. Weitere possessorische Rechtsstellung*

1. Gem. § 863 BGB kann gegenüber den Ansprüchen aus §§ 861 f. BGB ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, dass die Entziehung oder Störung keine verbotene Eigenmacht sei. Petitorische Einwendungen sind gegen den possessorischen Besitzschutz grds. nicht zulässig. Der Anspruchsgegner kann zwar die Voraussetzungen der §§ 861, 862 BGB bestreiten, darf sich aber nicht auf ein Recht zum Besitz berufen. Ausgeschlossen ist die Berufung auf das Eigentum oder schuldrechtliche Verschaffungs- bzw. Herausgabeansprüche.

Umstritten ist, ob im Fall einer auf § 861 BGB gestützten Herausgabeklage eine Widerklage gem. § 33 ZPO zulässig ist oder dadurch § 863 BGB umgangen wird. Überwiegend wird die Zulässigkeit bejaht.

## Besitzschutz

### 2. Abholungsanspruch § 867 BGB

Ist eine Sache nicht durch verbotene Eigenmacht aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt, kann er vom Grundstücksbesitzer verlangen, dass ihm das Aufsuchen und Wegschaffen gestattet wird, solange der Grundstücksbesitzer die Sache noch nicht in Besitz genommen hat. Die Vor-

## Besitzschutz

schrift ergänzt den Besitzschutz, weil deren Herausgabeansprüche (mangels Inbesitznahme) nicht in Betracht kommen.

### *VII. Petitorische Besitzschutzansprüche*

1. Petitorische Besitzschutzansprüche schützen das Recht zum Besitz.

a) § 1007 BGB enthält dafür 2 Anspruchsgrundlagen.

Der Anspruch aus § 1007 I BGB besteht, wenn der jetzige Besitzer beim Besitzerwerb bösgläubig war und der aus § 1007 II BGB, wenn die Sache dem früheren Besitzer abhanden gekommen ist.

b) § 1007 BGB besitzt allerdings nur eine begrenzte praktische Bedeutung, weil zumeist entweder ein materiellrechtlicher Herausgabeanspruch besteht, z.B. § 546 BGB, oder eine verbotene Eigenmacht verübt wurde.

c) Die Norm greift ein, wenn keiner der Kontrahenten Eigentum oder Besitzrecht nachweisen kann.

2. Anspruch gegen den bösgläubigen Besitzer, § 1007 I BGB

a) § 1007 I BGB gibt dem früheren Besitzer gegen den aktuellen Besitzer einen Herausgabeanspruch, wenn

## Besitzschutz

dieser unberechtigt besitzt und im Zeitpunkt des Besitzerwerbs bösgläubig gewesen ist. Es ist gleichgültig, ob der frühere Besitzer zum Besitz berechtigt war. Er darf nur wegen § 1007 III 1 BGB im Zeitpunkt des Besitzerwerbs nicht bösgläubig gewesen sein. Eine später eintretende Bösgläubigkeit ist unerheblich. Maßgebend nur, ob der frühere Besitzer eine „bessere“ Berechtigung besitzt.

### b) Voraussetzungen

- aa) Bewegliche Sachen, d.h. nicht etwa Mieträume.
- bb) Früherer Besitz, unerheblich ob unmittelbar, mittelbar, rechtmäßig oder unrechtmäßig (!).
- cc) War der Anspruchsteller früher unrechtmäßiger Besitzer, darf er nicht bösgläubig gewesen sein, § 1007 III 1 Alt. 1 BGB. Bösgläubigkeit ist gemäß § 932 II BGB zu beurteilen.
- dd) Keine freiwillige Aufgabe des Besitzes, § 1007 III Alt. 2 BGB. Der Anspruchsteller muss den Besitz unfreiwillig, d.h. ohne oder gegen seinen Willen aufgeben haben.
- ee) Anspruchsgegner muss unmittelbarer, mittelbarer etc. Besitzer sein.
- ff) Der Anspruchsgegner muss bösgläubig sein, d.h.

## Besitzschutz

objektiv kein Recht zum Besitz gehabt und diesen Umstand subjektiv gekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht erkannt haben.

gg) Der gegenwärtige Besitzer darf kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB *gegenüber dem Anspruchsteller* haben (petitorische Einwendung).

### 3. Anspruch bei abhanden gekommenen Sachen, § 1007 II BGB

a) Während § 1007 I BGB einen Anspruch gegen den bösgläubigen Besitzer begründet, eröffnet § 1007 II BGB einen Anspruch sogar gegen den gutgläubigen Besitzer, falls die Sache abhanden gekommen ist. Es setzt sich das „bessere“ Recht durch.

#### b) Voraussetzungen

aa) Bewegliche Sachen, ausgenommen Geld und Inhaberpapiere, § 1007 II 2 BGB.

bb) Früherer Besitz des Anspruchstellers.

cc) War der Anspruchsteller früher unrechtmäßiger Besitzer, darf er nicht bösgläubig gewesen sein, § 1007 III 1 Alt. 1 BGB. Bösgläubigkeit ist gemäß § 932 II BGB zu beurteilen.

dd) Die Sache muss dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden

## Besitzschutz

gekommen sein (unfreiwilliger Verlust des Besitzes).

ee) Der Anspruchsgegner muss Besitzer sein.

ff) Dem Anspruchsgegner darf die Sache nicht bereits vor der Besitzzeit des Anspruchstellers abhanden gekommen sein, vgl. § 1007 II 1 HS 2 BGB.

gg) Kein Recht des Anspruchsgegners zum Besitz, §§ 1007 III 2, 986 BGB.

## VIII. Deliktischer Besitzschutz

### 1. § 823 I BGB

Der Besitz bzw. das Besitzrecht können zwar als sonstiges Recht gem. § 823 I BGB geschützt sein, doch ist sehr umstritten, welche Besitzart geschützt ist.

a) Rechtmäßiger und jeder unrechtmäßige Besitz.

Argument: in §§ 861, 862 BGB sind beide Arten geschützt, allerdings nur als negative Position, die keine positive Nutzungsbefugnis gewährt.

b) Rechtmäßiger und ausnahmsweise auch unrechtmäßiger Besitz, falls der Besitz auch eine positive Funktion übernimmt, z.B. wenn der unrechtmäßige Besitzer die Nutzungen behalten darf (Abgrenzung §§ 987, 990; 988 BGB).

c) Nur der rechtmäßige Besitzer. Da der Besitz kein



## Besitzschutz

Recht darstellt, könne er nicht selbst Schutzgut des § 823 I BGB sein, wohl aber die durch ein Recht zum Besitz gestärkte Position. Dies erscheint vorzugs-  
würdig.

### 2. § 823 II BGB

Strittig ist, ob § 858 BGB ein Schutzgesetz darstellt. Der BGH nimmt ein Schutzgesetz an (BGH NJW 2009, 2530, bei Erstattung von Abschleppkosten).

Um nicht die Wertung aus § 823 I BGB zu unterlaufen, sollten die gleichen Anforderungen gelten (Recht zum Besitz).

### 3. Rechtsfolgen

Wiedereinräumung des Besitzes (Naturalrestitution)  
Kosten für die Beseitigung der Störung sowie Nutzungsausfallschaden.

## *VIII. Kondiktionsrechtlicher Besitzschutz*

1. Der Besitz kann als vermögenswerter Vorteil Gegenstand der Leistungskondiktion sein.
2. Fraglich ist, ob er auch Gegenstand einer Eingriffskondiktion sein kann. Wegen der Wertungen aus §§ 861 f., 1007 BGB, die für den unfreiwilligen Besitzverlust eine umfassende Wertung enthalten, soll der Besitz nur dann

## **Besitzschutz**

Gegenstand der Eingriffskondition sein, wenn der Gläubiger ein Recht zum Besitz hatte.

### *IX. Zwangsvollstreckung*

Die Stellung des Besitzers in der Zwangsvollstreckung ist umstritten. Bei unbeweglichen Sachen wird der Besitz nicht als ein die Veräußerung hinderndes Recht angesehen. Anders bei beweglichen Sachen.