

Studien zum Zivilrecht

30

Christoph J. Lüttenberg

# Über den Sinn, die Bedeutung und das Wesen des Besitzes

Eine phänomenologische Annäherung



**Nomos**

Studien zum Zivilrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Universität Köln

Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig

Prof. Dr. Florian Faust, Bucerius Law School, Hamburg

Band 30

Christoph J. Lüttenberg

# Über den Sinn, die Bedeutung und das Wesen des Besitzes

Eine phänomenologische Annäherung



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6421-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-0544-8 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinen Eltern*



## Danksagung

An erster Stelle gilt mein Dank meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Dr. h. c. Barbara Dauner-Lieb. Seit dem ersten Semester steht sie mir mit Rat und Tat zur Seite. Ohne ihre Hilfe, ihre Anregungen und ihr unerschütterliches Vertrauen in mich gäbe es diese Arbeit nicht.

Ich danke zudem Herrn Prof. Dr. Dan Wielsch für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich ferner Herrn Dr. Peter W. Tettinger. Sein Intellekt und sein Humor waren mir zu allen Zeiten eine große Stütze.

Danken möchte ich auch meinen übrigen Lehrstuhlkollegen für die vielen schönen und bereichernden Stunden, die wir gemeinsam verbracht haben. Mein Dank gilt insbesondere Eva, Nicki, Maren, Jan, Matthias, Alex, Henrike und Frau Gülich.

Für die Durchsicht und konstruktive Kritik einzelner Passagen sowie für das mühselige Lektorat des Manuskripts danke ich Frau Dr. Ruth Weber, Frau Dr. Gaby Seelmann-Eggebert und Frau Dr. Brigitte Lüttenberg.





# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Vorwort  | 13 |
| Exordium   | 17 |
| I. Problemaufriss  | 17 |
| 1. Bedeutung des Besitzes  | 22 |
| 2. Sinn des Besitzes   | 24 |
| II. Wissenschaftliche Einordnung und Methodik der<br>Untersuchung                        | 28 |
| 1. Rechtsdogmatische Untersuchung mit deduktiv-<br>induktiver Methode                    | 28 |
| 2. Erweiterung um phänomenologische Methode  | 32 |
| Kapitel 1: Bedeutung des Besitzes  | 37 |
| I. Wörter und ihre Bedeutung   | 37 |
| 1. Semantischer Repräsentationalismus  | 38 |
| 2. Arbitrarität von Zeichen und Bezeichnetem   | 41 |
| 3. Konventionalistische Bedeutungstheorie  | 42 |
| 4. Doppelrolle der tatsächlichen Gewalt im Verhältnis zum<br>Besitz                      | 43 |
| II. Negierung der tatsächlichen Gewalt als deskriptives<br>Tatbestandsmerkmal            | 45 |
| 1. Verkehrsanschauung versus Interessenabwägung  | 45 |
| 2. Hinführung zu einer phänomenologischen<br>Begriffsbestimmung der tatsächlichen Gewalt | 49 |
| III. Tatsächliche Gewalt als normatives Tatbestandsmerkmal                               | 51 |
| 1. Besitz als räumliche Beziehung  | 51 |
| 2. Heideggers Begriff der Räumlichkeit   | 52 |
| 3. Anwendung auf die tatsächliche Gewalt   | 54 |
| IV. Besitz als normatives Tatbestandsmerkmal   | 57 |
| 1. Mittelbarer Besitz  | 57 |
| 2. Durch einen Besitzdiener vermittelter Besitz  | 59 |
| 3. Besitzerwerb gem. § 854 Abs. 2 BGB  | 63 |
| 4. Erbenbesitz als bloße Rechtsfolgenerstreckung   | 63 |

|   |     |
|---|-----|
| Kapitel 2: Sinn des Besitzes  | 66  |
| I. Negierung des Besitzes als Faktum  | 67  |
| II. Nichtssagende Qualifikation des Besitzes als Rechtsposition, Rechtsstellung etc.                      | 70  |
| III. Besitz als Rechtsverhältnis  | 73  |
| 1. Definition des Rechtsverhältnisses   | 74  |
| a. Rechtsverhältnis als Quelle von Rechten und Pflichten  | 77  |
| b. Überschießende Funktionalität des Rechtsverhältnisses  | 79  |
| c. Rechtsverhältnis als Beziehung zwischen Personen   | 80  |
| 2. Vorläufige Subsumption des Besitzes unter die Definition des Rechtsverhältnisses                       | 83  |
| a. Besitz als einzige Beziehung einer Person zur Sache aufgrund der Unabhängigkeit vom Willen Dritter     | 84  |
| b. Besitzwille und Sorge  | 88  |
| c. Kein Vermittlungswille bei Besitzdienerschaft und mittelbarem Besitz                                   | 91  |
| d. Phänomenologische Betrachtung der Subjekt-Objekt-Subjekt-Beziehung                                     | 95  |
| e. Pflichten aus dem Besitz   | 100 |
| f. Überschießende Funktionalität des Besitzes   | 101 |
| g. Notwendigkeit eines subjektiven Rechts   | 102 |
| Kapitel 3: Wesen des Besitzes   | 104 |
| I. Unbestimmtes Verhältnis von Besitz und subjektivem Recht im positiven Normenbestand                    | 105 |
| 1. Relativierung der grammatikalischen Auslegung durch die Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers | 105 |
| 2. Indifferenz systematischer Argumente   | 107 |
| a. Regelung des Besitzschutzes zu Beginn des dritten Buches   | 107 |
| b. Verhältnis von § 857 BGB zu § 1922 Abs. 1 BGB  | 108 |
| c. Besitzerwerb durch Geschäftsunfähige   | 108 |
| d. Besitz und Grundbuch   | 109 |
| e. Besitz im Grundbuch  | 110 |
| f. Besitzerwerb durch vermeintlich Bösgläubigen   | 111 |
| g. Stufenerwerb von Rechten   | 111 |
| h. Verhältnis von § 93 BGB zu § 865 BGB   | 112 |
| i. Zeitliche Begrenzung der Besitzschutzansprüche   | 113 |

|   |         |
|---|---------|
| j. Übergang des Besitzes durch Rechtsgeschäft   | 114     |
| k. Der Besitz als sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB   | 114     |
| 3. Beschränkte Wirkungsmacht gesetzlicher Exegese als<br>Fazit  | 115     |
| II. Definition des subjektiven Rechts   | 116     |
| 1. Subjektives Recht als Willensäußerung  | 116     |
| 2. Kritik des Willensprimats  | 119     |
| a. Der Wille Willensunfähiger   | 119     |
| b. Temporäres Paradox   | 119     |
| c. Rechtsverhältnis als Wiege des Willens   | 122     |
| 3. Subjektives Recht als Mehr zur bloßen<br>Ausschlussmöglichkeit   | 122     |
| 4. Teleologisch-dogmatischer versus normativ-<br>rechtstheoretischer Standpunkt   | 125     |
| 5. Genuss als Kern des subjektiven Rechts   | 126     |
| III. Genuss beim Besitzen   | 128     |
| 1. Theoretische Betrachtung   | 128     |
| a. Persönlichkeit   | 128     |
| b. Eigentum   | 132     |
| c. Andere Rechte  | 134     |
| d. Frieden  | 134     |
| e. Kontinuität  | 137     |
| 2. Phänomenologische Betrachtung  | 139     |
| a. Besitz als Voraussetzung der ästhetischen Erfahrung<br>des Luxus und das Scheitern dieser Idee an der<br>mangelnden Interesselosigkeit des Besitzenden | 140     |
| b. Phänomenologische Reduktion und ideierende<br>Abstraktion  | 146     |
| c. Empirisch-psychologisches Phänomen des Besitzens   | 149     |
| d. Eidetische Wesensanschauung des Besitzens  | 152     |
| IV. Fazit   | 155     |
| <br>Kapitel 4: Subsumption des Besitzes unter die positiven<br>Rechtsnormen   | <br>157 |
| I. Besitz als sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB   | 157     |
| 1. Haftungsbegründender Tatbestand  | 157     |
| a. Kein Schutz des Besitzes   | 159     |
| b. Schutz des Besitzes  | 160     |
| c. Schutz des verdinglichten Rechts zum Besitz  | 161     |

|   |         |
|---|---------|
| d. Schutz des Rechts zum Besitz als relatives<br>Herrschaftsrecht | 164     |
| e. Schutz des befugten Besitzes                                   | 166     |
| f. Schutz des berechtigten Besitzes                               | 169     |
| g. Schutz des Rechts des Besitzes                                 | 171     |
| 2. Haftungsausfüllender Tatbestand                                | 173     |
| a. Recht und Substrat   | 173     |
| b. Ersatzfähige Schadensposten                                    | 175     |
| c. Immaterieller Wert des Besitzes                                | 177     |
| II. § 858 BGB als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB          | 181     |
| III. Anspruchsrichtung und Konkurrenzen                           | 185     |
| 1. Kumulierende besitzrechtliche Ansprüche                        | 185     |
| 2. Besitzer und Eigentümer  | 186     |
| IV. Besitz im Bereicherungsrecht                                  | 188     |
| <br>Peroratio   | <br>193 |
| <br>Literaturverzeichnis  | <br>203 |

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit nimmt ihren Ausgang mit der grundsätzlichen Frage nach dem Inhalt und der Rechtsnatur des Besitzes. Darüber wird seit jeher gestritten. Ob *Savigny*, *Jhering* oder *Heck*: Viele haben versucht, dem unfertigen Puzzle über den juristischen Besitz ein Teil hinzuzufügen. Es wurden diesbezüglich so viele unversöhnliche Standpunkte und Thesen vertreten, so viel Grundlegendes und Ideologisches in die Waagschale des Diskurses geworfen, dass der Gesetzgeber des BGB nicht das Zünglein an der Waage sein wollte und bewusst keiner der widerstreitenden Ansichten zu ihrem Sieg verholfen hat. Die rechtsfolgenorientierte Gesetzgebung führte vielmehr dazu, dass verschiedene Besitztatbestände in das BGB aufgenommen wurden, die prima facie keinerlei Gemeinsamkeiten aufweisen: den unmittelbaren Besitz in § 854 BGB, den über ein Weisungsverhältnis vermittelten Besitz in § 855 BGB, den Erbenbesitz in § 857 BGB und den mittelbaren Besitz in § 868 BGB. Demgegenüber erkennt § 855 BGB dem Besitzdiener die Besitzerstellung ab, was zumindest im Rahmen der §§ 929 ff. BGB bei wortlautgetreuer Anwendung wegen § 935 BGB zu einer unverhältnismäßigen Benachteiligung des gutgläubigen Dritten führt. Für diesen ist in einer Vielzahl von Situationen nicht ersichtlich, ob er einem Besitzer oder nur einem innehabenden Besitzdiener gegenübertritt. In letzterem Fall sorgt § 935 BGB dafür, dass er nicht gutgläubig Eigentum erwerben kann, wenn sich der Besitzdiener fernab der Zustimmung des Eigentümers zum Besitzer aufschwingt. Die Einführung des Besitzdieners zieht einen ideellen Graben zwischen dem Besitzschutz und die Übereignungstatbestände. Die Wesensverschiedenheit der Normen des Besitzschutzes von der trügerischen Erkennbarkeit des Besitzes als Voraussetzung des Eigentumserwerbs wurde besonders deutlich von *Heck* hervorgehoben. Aus dieser Einsicht zog er die seiner Meinung nach unausweichliche Konsequenz einer Spaltung und Relativität des Besitzbegriffs.<sup>1</sup> In neuerer Zeit hebt *Ernst* auf der Grundlage einer präzisen Analyse des Gesetzgebungsverfahrens die scharfe Trennung zwischen Besitzschutz und Übereignungstatbeständen besonders eindrücklich hervor.<sup>2</sup> *Wilhelm* fasst diese Abgrenzung wie folgt zusammen:

---

1 *Heck*, Grundriss des Sachenrechts, §§ 5, 6 u. 7.

2 Monographisch *Ernst*, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb (1992).

„Für die Diskussion um die Einordnung des Besitzes als Recht oder Faktum ist zunächst klarzustellen, dass es um die Einordnung des Besitzes als geschützter Position, d. h. um die Einordnung des Besitzschutzes geht. Dass und inwieweit der Besitz als tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache ... Anknüpfungspunkt für die Formierung von Verfügungstatbeständen sein (s. § 929) und unter bestimmten Voraussetzungen zu rechtlicher Herrschaft umgewandelt werden kann (§§ 937, 965, 973), ist ohne Zusammenhang mit der rechtlichen Einordnung des Besitzes als solchen.“<sup>3</sup>

Dieser Abgrenzung soll sich nicht verweigert werden. In Anbetracht der Fragestellung, die dieser Untersuchung zugrunde liegt, wird sie sich daher – im Gegensatz zu der Monographie von *Ernst*, die den Fokus getreu ihrem Titel auf Fragen des Mobiliarerwerbs legt – auf den Schutz des Besitzes konzentrieren, wobei der Schwerpunkt auf der Ausarbeitung der geschützten Position selbst liegen wird. Die so gewonnenen Erkenntnisse stehen dem Besitz als Voraussetzung des Eigentumserwerbs – wie sich zeigen wird – allerdings nicht entgegen.

Dass der Besitz über die §§ 859 ff. BGB zumindest partiell geschützt ist, steht außer Frage. Hierfür bedürfte es keiner genaueren Bestimmung. Anderes gilt für den Schutz des Besitzes im Rahmen des § 823 BGB sowie im Bereicherungsrecht. Auch diese Normen könnten Teil des Besitzschutzes sein. Ob dem Besitz aber beispielsweise der deliktsrechtliche Schutz des § 823 Abs. 1 BGB zuteil wird, ist maßgeblich davon abhängig, ob und wie weit man den Besitz als subjektives Recht qualifiziert. Die Beantwortung der Frage nach Inhalt und Rechtsnatur des Besitzes hat daher nicht nur theoretische Bedeutung, sondern konkrete Auswirkungen auf das geltende Recht.

In Anbetracht dessen, was bereits *Jhering* eine „Superfötation“ der Besitzliteratur genannt hat,<sup>4</sup> maßt sich diese Untersuchung dabei nicht an, das Puzzle des Besitzes zu vollenden. Sie möchte lediglich ein weiteres kleines Teilchen hinzufügen, indem sie eine bis jetzt noch nicht erprobte Herangehensweise an den Forschungsgegenstand wagt: eine phänomenologische Annäherung.

Zwar findet man in der Literatur allgemeingehaltene rechtsphänomenologische Abhandlungen im Sinne einer apriorischen Grundlagenlehre des

---

3 *Wilhelm*, Sachenrecht, S. 223 f., Rn. 445.

4 *Jhering*, Über den Grund des Besitzschutzes, Vorrede S. VI.

Rechts.<sup>5</sup> Diese waren – gemessen an ihrem Einfluss auf die Rechtswissenschaften – nicht von bleibendem Erfolg, was daran liegen mag, dass die phänomenologische Methode ihrer Art nach „... nur bei einfach strukturierten Gegenständen, nicht bei so etwas Komplexem, zudem Normativem, wie es das Recht ist ...“ funktioniert.<sup>6</sup>

In dieser Untersuchung soll es aber darum gehen, die von *Edmund Husserl* entwickelte phänomenologische Betrachtungsweise für den Besitz fruchtbar zu machen, indem sie ihn in seiner natürlichsten und wahrhaftigsten Form zur Anschauung bringt: dem Phänomen des Besitzens. Die Phänomenologie findet wahre Erkenntnis allein in der Beschreibung der Gegebenheitsweisen von Gegenständen im menschlichen Bewusstsein. Sie scheint daher eine angemessene Methode zu sein, dem Faktischen des Besitzes Rechnung zu tragen und eine gebündelte Bestandsaufnahme der Lebenswirklichkeit vorzunehmen, aus der der Besitz entlehnt wird.

Die Untersuchung bleibt dabei eine rechtsdogmatische. Die Phänomenologie ist der rechtswissenschaftlichen Dogmatik untergeordnet und versucht lediglich, an entscheidenden Stellen ihren Blickwinkel in zielführender Weise zu erweitern.

---

5 Als rechtsphänomenologisches Primärwerk gilt *Reinachs*, *Zur Phänomenologie des Rechts* (1953); darauf aufbauend *Schapp*, *Die neue Wissenschaft vom Recht*, zwei Bände (1930 und 1932), und im öffentlichen Recht und der Staatstheorie *Stein*, *Eine Untersuchung über den Staat* (2006); eine detaillierte historisch-systematische Einführung bietet *Loidolt*, *Einführung in die Rechtsphänomenologie* (2011).

6 *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, S. 102 f.; zuspitzend die Formulierung *Binders*, *Philosophie des Rechts*, S. 152: Jeder, der sich mit *Reinachs* apriorischer Grundlagenlehre des Rechts auseinandersetzt, „... fasst sich unwillkürlich an den Kopf.“





# Exordium

## I. Problemaufriss

„Der Besitz ist die Molluske unter den Rechtsinstituten. Gleich der Molluske weich und biegsam, setzt er den Ideen, welche der Bearbeiter in ihn hineinragen will, nicht den harten Gegenstand entgegen, wie die ihrer Natur nach fest ausgeprägten Institute des Rechts, z.B. das Eigentum und die Obligation. Aus dem Besitz lässt sich alles Mögliche machen, er ist wie geschaffen, um dem Individualismus der eigenen Ansicht die vollste Befriedigung zu gewähren – wer sonst nichts Eigenes zu Markte zu bringen versteht, der Besitz stellt ihm den bequemsten Ablagerungsplatz für seine ungesunden Ideen zur Verfügung.“<sup>7</sup>

So kritisch sieht *Jhering* jegliche Bemühungen, den Besitzbegriff zu bändigen. Kurz vor der erwähnten Passage zitiert er den Schüler aus Faust in Hinblick auf den Besitz: „Mir wird von alledem so dumm/als ginge mir ein Mühlrad im Kopf herum.“<sup>8</sup> *Jhering* steht mit seiner Skepsis nicht alleine da. Stets wird dem Besitzrecht eine gewisse Unfassbarkeit attestiert. So scheint nach *Hedinger* „manch einzelne Frage – obwohl seit Jahrhunderten immer wieder erörtert – ... trotz allem intellektuellen Aufwand ungelöst.“<sup>9</sup> Die Antwort auf die Frage, was Besitz ist, erscheint so schwer, dass *Kegel* feststellt: „In deutschen Lehrbüchern herrscht Verzweiflung.“<sup>10</sup> Das Voranstellen dieser Zitate dient keinesfalls als „vorläufige Lobrede“<sup>11</sup> auf die folgende Arbeit. Vielmehr soll verdeutlicht werden, dass trotz der beeindruckenden Masse an wissenschaftlicher Literatur und Rechtsprechung zu dem Thema grundsätzliche Fragen nicht geklärt sind. Die Unzahl widerstreitender juristischer Lehrbücher, Monographien, Abhandlungen,

---

7 *Jhering*, Besitzwille, S. 284 f.

8 *Jhering*, Besitzwille, S. 245.

9 *Hedinger*, System des Besitzrechts, S. 9.

10 *Kegel*, in: FS v. Caemmerer, S. 149 (150).

11 So allgemein unterstellt von *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 1 S. 37; bekräftigt von *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz, S. 1; wiederum bekräftigt von *Müller*, Besitzschutz in Europa, S. 1; Letztere werden (antizipiert) entlarvt von *Hedinger*, System des Besitzrechts, S. 9, der feststellt: „Der Zweck [der Zitierung *Savignys* anstelle klagender Zitate] ist jedoch ganz derselbe geblieben.“

Festschriftbeiträge und gerichtlicher Entscheidungen, die um die Rechtsnatur und den Inhalt des Besitzes kreisen, könnten allein den Schluss nahelegen, dass sich des Forschungsgegenstandes eben nicht in befriedigendem Maße Herr werden lässt. Vielleicht ist der Besitz schlicht keiner eindeutigen Bestimmung seiner Rechtsnatur und seines Inhalts zugänglich.

Waren diese Fragen bereits im römischen Recht umstritten<sup>12</sup> trugen auch die positiven Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht zu einer Erhellung der Materie bei. Im Gegenteil weisen die Gesetzgebungsmaterialien zum BGB an verschiedensten Stellen eindrucksvoll und explizit darauf hin, dass der Gesetzgeber keine abschließende Einordnung von Inhalt und Rechtsnatur des Besitzes vornimmt, sondern dies Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen wollte.<sup>13</sup> Eine Handlungsaufforderung, der bis zum jetzigen Zeitpunkt nur in bescheidenem Maße Rechnung getragen wurde.<sup>14</sup>

Für eine dogmatische Durchdringung des Besitzbegriffs sprechen besonders zwei Gründe: die Rechtsvereinfachung, die zu Rechtssicherheit und zu mehr Gerechtigkeit im Einzelfall führt, und – gleichsam als ihre konkrete Ausprägung – die bessere Handhabung der Subsumption des Besitzes unter die verschiedenen Normen des BGB, allen voran § 823 BGB.<sup>15</sup>

Die Vereinfachung des Rechts wird durch eine Reduktion auf und Arbeit an seinen grundlegenden Begriffen vorangetrieben.<sup>16</sup> Auch ein normatives System, das sich an dem System Lebenswirklichkeit misst, mit diesem interagiert und Impulse von ihm aufnimmt, kann nur in sich schlüssig sein, wenn es bis zu einem gewissen Grad von bestimmten begrifflichen

---

12 Im klassischen römischen Recht fassten die Juristen *possessio* zwar als Faktum auf, die wichtigsten Erscheinungsformen (Ersitzungs- und Interdiktenbesitz) waren letztlich aber doch durch juristische Merkmale bestimmt (Kaser, Das römische Privatrecht I, § 94 S. 384, 385). Auch im nachklassischen justinianischen Recht behält der Besitz „einen mehrdeutigen und schillernden Charakter“ (Kaser, Das römische Privatrecht II, § 239 S. 252).

13 Zur Unergiebigkeit des Gesetzes bezüglich der Rechtsnatur des Besitzes vgl. u. S. 105 ff. Für § 823 BGB vgl. auch die Nachweise in Fn. 549.

14 Vor der Vielfalt der gesetzlichen Regelungen kapitulierend und einen einheitlichen Besitzbegriff – und sei es auch ein relativer – ablehnend Soergel/Stadler, Vor § 854, Rn. 5; ebenfalls skeptisch Staudinger/Gutzeit, Vor §§ 854 ff., Rn. 35 ff.; für die Notwendigkeit einer wissenschaftlichen Begriffsbestimmung MüKo/Jost, Vor §§ 854 ff., Rn. 5.

15 Zu § 823 BGB s. u. S. 157 ff.

16 Vgl. dem Grundgedanken nach auch die juristische Konstruktion *Jherings*, von ihm selbst plastisch dargestellt in JherJb 1 (1857), S. 1 ff.; eine Einführung findet sich etwa bei Möller, JZ 2017, 770 ff.

Konstanten ausgeht. Wenn *Schmelzeisen* in Anschluss an *Heck* vor interessenjurisprudenziellen Hintergrund zunächst feststellt, dass der Begriff „... infolge seines statischen (zuständlichen) Wesens der Dynamik (Bewegtheit) der Wirklichkeit nicht gerecht werden ...“<sup>17</sup> kann, folgert auch er daraus keineswegs eine Abkehr von jeglicher Begriffsbestimmung, sondern lediglich eine „... organische Verschmelzung der statischen und dynamischen Betrachtungsweise.“<sup>18</sup> Daher darf auch bei dem positiven Status quo des Besitzes auf eine wissenschaftliche Charakterisierung nicht verzichtet werden.<sup>19</sup> Sie soll nicht losgelöst, sondern nur unter Berücksichtigung und Einbeziehung – wenn möglich – aller besitzrelevanten Normen begründet werden. Die Notwendigkeit eines rechtsdogmatischen Definitionsversuches lässt sich mit *Luhmann* dergestalt beschreiben, dass im Vordergrund „... ein Bemühen um begriffliche Konsistenz, um ein Testen der Verallgemeinerbarkeit von Prinzipien, Begriffen oder Entscheidungsregeln“ steht. „Systemintern kann gerade das aber als Arbeit an Gerechtigkeit verstanden und damit einem Wertbegriff zugeordnet werden, der dem Juristen den Sinn seines Tuns verdeutlicht.“<sup>20</sup> Je stimmiger das System, desto schlüssiger und gerechter die Rechtsanwendung im Einzelfall.

Wie bereits die Ausgangsfrage verdeutlicht, müssen gleich zu Beginn der Untersuchung zwei Ebenen des juristischen Besitzes voneinander unterschieden werden: seine inhaltliche Ausgestaltung und seine Rechtsnatur. Diese Trennung, die bei anderen Rechtskörpern intuitiv erfolgt, bereitet beim Besitz Kopfzerbrechen. So würde beim Eigentum jeder der Aussage zustimmen, sein Inhalt sei es, mit der Sache nach Belieben verfahren zu können. Dagegen sei seine Rechtsnatur die eines subjektiven Rechts oder anders formuliert: Das Eigentum ist ein subjektives Recht mit dem Inhalt, die Sache nach Belieben nutzen zu können. Diese Unterscheidung findet beim Besitz nicht statt. Hier spaltet sich die Besitzrechtswissenschaft – in vereinfachender Darstellung – in zwei Lager: Das eine<sup>21</sup> betrachtet den Besitz als etwas Faktisches, indem es ihn mit dem Begriff der tatsächlichen

---

17 Vor problematischem Hintergrund *Schmelzeisen*, AcP 136 (1932), 38 (43).

18 *Schmelzeisen*, AcP 136 (1932), 38 (46, 53).

19 So auch MüKo/*Joost*, Vor §§ 854 ff., Rn. 5; anders *Soergel/Stadler*, Vor § 854, Rn. 5.

20 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 11.

21 So etwa *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 150, S. 752; *Dernburg*, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs I, § 148, S. 329 f.; *Reinach*, Zur Phänomenologie des Rechts, S. 91; *Biermann*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vor §§ 854 ff., Anm. 1 a; *Oertmann*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 823, Anm. 3 e; *Diederichsen*, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, S. 60; *Thibaut*, System des Pandektenrechts,

Gewalt gleichsetzt. Diese Gleichsetzung betrifft grundsätzlich seine inhaltliche Ausgestaltung. Das andere<sup>22</sup> – zum Zeitpunkt der Untersuchung wohl knapp als h. M. zu bezeichnende – sieht im Besitz ein subjektives Recht, was wiederum einen Verweis auf seine Rechtsnatur darstellt. Beim Besitz wird eine Dichotomie zwischen Inhalt und Rechtsnatur angenommen, für die es keine Anhaltspunkte im Gesetz gibt. Vielmehr ist es auch beim Besitz möglich, seine inhaltliche Ebene zwar von seiner Rechtsnatur zu trennen, beide Ebenen aber nicht als etwas Ausschließliches, sondern als sich Ergänzendes zu behandeln, als zwei Seiten einer Besitzmedaille. Der Inhalt des Besitzes könnte dann darin bestehen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Dagegen könnte seine Rechtsnatur die eines subjektiven Rechts bzw. eines Rechtsverhältnisses sein oder anders for-

---

§ 218, S. 170; *Gerhardt*, Mobiliarsachenrecht, § 3, S. 13 f.; *Rödig*, Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoß, S. 26; *Schapp*, Sachenrecht, § 40, Rn. 44; *Schellhammer*, Sachenrecht, S. 15, Rn. 22. Den Besitz als Rechtsposition oder ähnliches bezeichnen *Staudinger/Gutzeit*, Vor §§ 854 ff., Rn. 36; *MüKo/Joost*, Vor §§ 854 ff., Rn. 9; *Rosenberg*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vor § 854, Anm. 5; *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, S. 12; *Hedemann*, Sachenrecht, 3. Auflage 1960, § 8, S. 45; *Kniep*, Der Besitz, S. 6; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, § 7, Rn. 8; *Schreiber*, Sachenrecht, Rn. 30; *Schwab/Prütting*, Sachenrecht, § 6, Rn. 49; *Sokolowski*, Der Besitz, S. 247; *Habersack*, Sachenrecht, § 4, Rn. 39; auch die Motive III 78 (= *Mugdan* III 43) favorisieren den Terminus der Rechtsposition; darauf sich berufend *Darmstaedter*, AcP 151 (1950/51), 311 (315 ff.).

- 22 *Planck/Brodmann*, Vor §§ 854 ff., Nr. 5, der den Besitz ein Persönlichkeitsrecht in Beziehung auf die Sache nennt; *Soergel/Stadler*, Vor § 854, Rn. 6.; *Gans*, System des römischen Civilrechts, S. 211 f.; *Puchta*, Pandekten, § 122, S. 186 f., entlehnt das Recht des Besitzes der Persönlichkeit; *Savigny*, Das Recht des Besitzes, § 5, S. 43 f.; *Jhering*, Geist des römischen Rechts, § 61, S. 366 f.; *Fischer*, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung, S. 136; *Gierke*, Deutsches Privatrecht, § 114, S. 213 f.; *Gierke*, Sachenrecht, § 5, S. 9; *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, § 6, S. 137; *Heck*, Grundriss des Sachenrechts, § 17, S. 66; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 80, S. 467; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, § 3, S. 19; nach *Eichler*, Institutionen des Sachenrechts I, S. 57, ist der Besitz allenfalls ein dingliches Recht im weiteren Sinne und ist von den anderen dinglichen Rechten streng zu trennen; *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, S. 173, wobei er in Rechtstheorie 1970, 23 (31 f.), auf die Relativität der Einordnung in Abhängigkeit von der Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts hinweist; *Lange*, Sachenrecht des BGB, § 10, S. 48, nennt den Besitz ein „subjektives Recht mit weitgehend dinglicher Wirkung“; *Sandter*, Kritik der Besitzlehre, S. 36; *Wolf*, Lehrbuch des Sachenrechts, § 2, S. 43; *Portmann*, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, S. 150, sieht das dem Besitz zugrunde liegende Verbotsrecht als subjektives Recht an; *Hartung*, Besitz und Sachherrschaft, S. 60.

muliert: Der Besitz ist ein subjektives Recht mit dem Inhalt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben.

Für das Begriffspaar Inhalt – Rechtsnatur werden in der vorliegenden Untersuchung die Begriffe Bedeutung und Sinn synonym verwendet. Letztere wurden von *Gottlob Frege*, Jenaer Logiker, Mathematiker und Wegbereiter der analytischen Philosophie, in seinem 1892 erschienen Aufsatz *Über Sinn und Bedeutung* eingeführt. In *Freges* weltorientiertem, repräsentationalistischem<sup>23</sup> Verständnis von Sprache ist die Bedeutung eines Wortes der Gegenstand, auf den es sich bezieht. Daneben besitzt jedes Wort aber noch eine weitere Komponente, seinen Sinn. Für *Frege* müssen Wörter neben ihrer Bedeutung auch einen Sinn haben, da einzelne Wörter jeweils den gleichen Gegenstand bzw. das gleiche Bezeichnete repräsentieren können. Wenn a, b und c die Geraden sind, die die Ecken eines Dreiecks mit den Mitten der Gegenseiten verbinden, dann ist der Schnittpunkt „ab“ gleich dem Schnittpunkt „bc“.<sup>24</sup> Genauso bezeichnen „Morgenstern“ und „Abendstern“ denselben Planeten, der in einer dritten Bezeichnung auf den Namen „Venus“ hört. Wenn dieser unterschiedlichen Bezeichnung des Bezeichneten irgendein Erkenntnisgewinn zugrunde liegen soll, dann muss dem Zeichen neben der Bedeutung, die für *Frege* das Bezeichnete selbst ist, auch ein besonderer Sinn zukommen.<sup>25</sup> *Frege* legt mit den beschriebenen Beispielen plausibel die Notwendigkeit einer Sinnkomponente dar. Solange es Wörter gibt, die dieselbe Situation bzw. denselben Gegenstand beschreiben, kann sich das Wesen von Wörtern nicht in einer bloßen Situationsbeschreibung erschöpfen. Die Entstehung von Wörtern ist letztlich eine Frage des Bedarfs,<sup>26</sup> d. h., ein Wort muss dem Bezeichneten, das seine Bedeutung ist, etwas hinzufügen, was ihm ein anderes Wort, das das Gleiche bezeichnet, noch nicht hinzugefügt hat. Ansonsten besteht für das später hinzugetretene Wort kein Bedarf. Neben der Bedeutung eines Wortes bzw. eines Begriffs steht somit sein Sinn. Dieser Sinn ist die besondere „Art seines Gegebenseins“.<sup>27</sup>

---

23 Zum semantischen Repräsentationalismus ausführlich u. S. 38 ff.

24 *Frege*, Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik 1892, 25 f.

25 *Frege*, Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik 1892, 25 f.

26 Bekanntestes – aber mittlerweile als widerlegt geltendes – Beispiel für diese These ist die von *Franz Boas* eingeführte und von *Benjamin Whorf* übernommene Annahme, Eskimos hätten eine im Vergleich zu anderen Sprachen extrem hohe Anzahl an Wörtern für Schnee.

27 *Frege*, Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik 1892, 25 (26). *Freges* Differenzierung von Sinn und Bedeutung wurde von *Carnap*, Bedeutung und