

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 Untersuchung	28
1. Rechtsdogmatische Untersuchung mit deduktiv- 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 Besitz	43
II. Negierung der tatsächlichen Gewalt als deskriptives Tatbestandsmerkmal	45
1. Verkehrsanschauung versus Interessenabwägung	45
2. Hinführung zu einer phänomenologischen 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

*Inhaltsverzeichnis*

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 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 Ausschlussmöglichkeit	122
4. Teleologisch-dogmatischer versus normativ- 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 des Luxus und das Scheitern dieser Idee an der mangelnden Interesselosigkeit des Besitzenden	140
b. Phänomenologische Reduktion und ideierende Abstraktion	146
c. Empirisch-psychologisches Phänomen des Besitzens	149
d. Eidetische Wesensanschauung des Besitzens	152
IV. Fazit	155
 Kapitel 4: Subsumption des Besitzes unter die positiven Rechtsnormen	 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

*Inhaltsverzeichnis*

d. Schutz des Rechts zum Besitz als relatives 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
 Peroratio	 193
 Literaturverzeichnis	 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 den 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 Mobiliärerwerb (1992).

*Vorwort*

„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.“

