

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 3: Sachenrecht

Einleitung zum Sachenrecht; §§ 854 - 882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1)

Bearbeitet von

Prof. Dr. Elmar Bund, Dr. Hans-Dieter Kutter, Prof. Dr. Hans Hermann Seiler, Prof. Dr. Karl-Heinz Gursky

15. Neubearbeitung 2007. Buch. XII, 669 S. Gebunden

ISBN 978 3 8059 1051 4

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

J. von Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

Buch 3

Sachenrecht

Einleitung zum Sachenrecht;

§§ 854–882

(Allgemeines Liegenschaftsrecht 1)

Neubearbeitung 2007

von

Elmar Bund

Karl-Heinz Gursky

Hans-Dieter Kutter

Hans Hermann Seiler

Redaktor

Karl-Heinz Gursky

Sellier – de Gruyter · Berlin

Inhaltsübersicht

	Seite*
Allgemeines Schrifttum _____	IX
Buch 3 · Sachenrecht	
Einleitung zum Sachenrecht _____	1
Abschnitt 1 · Besitz _____	59
Abschnitt 2 · Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken (§§ 873–882) _____	249
Sachregister _____	635

* Zitiert wird nicht nach Seiten, sondern nach Paragraph bzw Artikel und Randnummer; siehe dazu auch S VI.

Abschnitt 1

Besitz

Vorbemerkungen zu §§ 854–872

Schrifttum

- BARON, Zur Lehre vom Besitzwillen, JherJB 29 (1890) 192
- BEKKER, Der Besitz beweglicher Sachen. Nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, JherJB 34 (1895) 1
- BONDY, Der Besitzrechtssatz, JherJB 77 (1927) 320
- BRUNS, Besitzerwerb durch Interessenvertreter (1910)
- BUND, Beiträge der Interessenjurisprudenz zur Besitzlehre, in: FS Thieme (1986) 363
- DARMSTAEDTER, Der Eigentumsbegriff des BGB, AcP 151 (1950/51) 311
- DIEDERICHSEN, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen (1965)
- DRAGENESKO, Die Lehre vom Besitzererbe durch Stellvertreter (1916)
- ERNST, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb (1992)
- FABRICIUS, Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemäß § 823 Abs 1 BGB, AcP 160 (1961) 273
- FLICK, Der Besitz in gesellschafts- und arbeitsrechtlicher Beziehung (Diss Münster 1970)
- FRANK, Der Besitzwille nach dem BGB (1898)
- GALLOIS, Besitzrechtsfragen bei Anlegung von Siegeln an die Kaufsache, AcP 154 (1955) 169
- vGIERKE, Deutsches Privatrecht 2. Bd, Sachenrecht (1905) §§ 113–116
- ders, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für Streitiges Recht nach dem BGB (1897)
- ders, Gutachten für den 24. Deutschen Juristentag (1897) Verh III 29
- GOLDSCHMIDT, Grundlagen der Besitzlehre (1884)
- ders, Studien zum Besitzrecht, in: (Berliner) FS Gneist (1888) 61
- GÜLLER, Unfreiwilliger Besitzesverlust und gutgläubiger Fahrniswerb (1924)
- HAAS, Die Zulässigkeit von Verfügungen zugunsten Dritter (Diss Würzburg 1973)
- HARTUNG, Besitz und Sachherrschaft (2001)
- HEDINGER, System des Besitzrechts (1985)
- HÖRER, Die Besitzrechtsklage – Klagegrundlage und Praktikabilität. Eine Untersuchung zum deutschen und schweizerischen Recht (1974)
- vJHERING, Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode (1889)
- ders, Beiträge zur Lehre vom Besitz. I. Der Grund des Besitzschutzes, JherJB 9 (1868) 1
- JOOST, Besitzbegriff und tatsächliche Sachherrschaft in: Gedschr f Dietrich Schulz (1987) 167
- KEGEL, Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten und versunkenen Schiffen. Zum Verhältnis von Besitz und Eigentum beweglicher Sachen, in: FS vCaemmerer (1978) 149
- KRAFT, Der „Besitz“ im Zoll- und Verbrauchsteuerrecht, ZfZ 7 (1927) 329
- KRESS, Besitz und Recht (1909)
- KRÜCKMANN, Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtschein in der Theorie des Gemeinen Rechts, AcP 108 (1912) 179
- KRUSE, Das Eigentumsrecht I (deutsch von KNUD LARSEN; 1931) 695
- KUNKEL, Der Besitz im künftigen Recht, JbAkDR 1937, 32
- KURZ, Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondition (1969)
- LEONHARD, Vertretung beim Fahrniswerb (1899)
- LEPSIUS, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht (2002)
- LOPAU, Der Rechtsschutz des Besitzes, JuS 1980, 501

MEDICUS, Besitzschutz durch Anspruch auf Schadensersatz, AcP 165 (1965) 115

MÜLLER, Besitz- und Eigentumserwerb bei versendeten Sachen nach geltendem Rechte (1920)

MÜLLER/ERZBACH, Das Recht des Besitzes aus der vom Gesetz vorausgesetzten Interessen- und Herrschaftslage entwickelt, AcP 142 (1936) 5

PFLÜGER, Besitzklagen (1890)

PIEPER, Besitzrecht und Schadensersatz bei der eigenmächtigen Wegnahme von Sicherungsgut, in: FS Zweibrücken (1969) 231

PINIŃSKI, Der Tatbestand des Sachbesitzererwerbs nach gemeinem Recht (1885/1888)

PÓLAY, Beiträge zu Jherings Besitztheorie, Jherings Erbe, Göttinger Symposion zum 150. Geburtstag Rudolf vJhering (1970) 192

RAAPE, Besitzerwerb ohne Willen nach dem BGB (1901)

RANDA, Der Besitz nach österreichischem Rechte (4. Aufl 1895)

REGELSBERGER, Der gerichtliche Besitzschutz nach römischem Recht, nach gemeinem Recht und nach dem BGB, in: FS Jur Fakultät Gießen (1907) 233

ders, Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen, JherJB 44 (1902) 393

ROHDE, Studien im Besitzrecht (1907/1913)

ROTHERING, Zur Lehre vom Besitze, ArchBürgR 38 (1913) 145

SALEILLES, De la possession des meubles (1907)

SANDTNER, Kritik der Besitzlehre (Diss Münster 1968)

vSAVIGNY, Das Recht des Besitzes (7. Aufl 1865) hrsg von RUDORFF

SCHICK, Besitzschutz nach § 823? (Diss Tübingen 1967)

SCHMELZEISEN, Die Relativität des Besitzbegriffs, AcP 136 (1932) 38 ff, 129

RUDOLF SCHMIDT, Der Pfandbesitz, AcP 134 (1931) 1 ff, 129 ff

SCHÖBI, Der Besitzschutz (Act 926–929 ZGB) (Diss Bern 1987)

SCHWAKE, Zur Entwicklung des Besitzbegriffs im 19. Jahrhundert unter dem Einfluß Savignys (Diss Göttingen 1984)

SIEBERT, Die besitzrechtliche Grundlage der dinglichen Wirkung der Traditionspapiere, ZHR 93 (1929) 1

SOKOLOWSKI, Die Philosophie im Privatrecht, Bd II: Der Besitz im klassischen und dem deutschen bürgerlichen Gesetz (1907, unveränderter Neudruck 1959)

SOSNITZA, Besitz und Besitzschutz (2003)

STAHL, Die Philosophie des Rechts II 1 (5. Aufl 1878) 395

STINTZING, Besitz, Gewere, Rechtsschein, AcP 109 (1912) 347

STROHAL, Der Sachbesitz nach dem BGB, JherJB 38 (1898) 1

vWENDT, Besitz und Besitzwille, in: FS JurFakultät Gießen (1907) 77

ders, Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 87 (1897) 40

WETZEL, Die Zurechnung des Verhaltens Dritter bei Eigentumsstörungstatbeständen (1971)

WIELING, Der mittelbare Besitz, Studi Sanfilippo 1 (1982) 713

ders, Grund und Umfang des Besitzschutzes, in: FS vLübtoew (1980) 565

WIESER, Der Schadensersatzanspruch des Besitzers aus § 823 BGB: BGH JZ 1954, 613, JuS 1970, 557

ders, Zum Schadensersatzanspruch des nichtberechtigten Besitzers, NJW 1971, 597

WOLFF, Das Recht zum Besitze (1903). Weitere Nachweise älteren Schrifttums in der 11. Auflage.

Systematische Übersicht

I. Vorgeschichte und Aufbau des ersten Abschnitts (§§ 854–872)

1. Historische Wurzeln des Besitzrechts _____	1
a) Römisches Besitzrecht _____	1
b) Mittelalterliche Gewere _____	2

c) Gemeines Besitzrecht _____	4
d) Kodifikationen der Neuzeit _____	5
e) Pandektenwissenschaft _____	6
2. Gesetzgebungsgeschichte _____	9
3. Gesetzssystematik _____	12

II. Funktionen des Besitzes		2. Unkörperliche Gegenstände _____	44
1. Überblick _____	13	3. Rechtsbesitz _____	45
2. Die selbständige Funktion _____	14	VI. Arten des Besitzes _____	51
3. Die dienenden Funktionen _____	22	VII. Abgrenzung von ähnlichen Begriffen	
a) Materieller Besitzervorzug _____	22	1. „Besitz“ außerhalb des BGB _____	52
b) Zeichenfunktion _____	27	2. Inhabung _____	57
c) Besondere Pflichten _____	28	3. Gewahrsam _____	58
III. Rechtsvergleichendes		4. Tatsächliche Gewalt _____	60
1. Deutscher Rechtskreis _____	30	5. Halter _____	61
2. Französisches Recht _____	31	VIII. Besitzschutz iwS _____	62
3. Englisches Recht _____	32	1. Petitorischer Schutz _____	63
4. Zeichenfunktion _____	33	2. § 823 _____	64
IV. Begriff des Besitzes		3. Kondiktion _____	65
1. Problematik einer einheitlichen Definition _____	34	4. § 771 ZPO _____	66
2. Die Lehre vom Elementarbegriff _____	37	5. § 47 InsO _____	67
3. Blankettbegriff oder relativer Besitzbegriff _____	39	6. Feststellungsklage _____	68
4. Besitz als Rechtsverhältnis _____	42	IX. Übergangsbestimmungen _____	69
V. Gegenstand des Besitzes		X. Internationales Privatrecht _____	70
1. Körperliche Gegenstände _____	43		

Alphabetische Übersicht

Animus _____	1, 6	Elementarbegriff _____	37
Aussonderung im Konkurs _____	67	Erbenbesitz _____	58
Besitz _____	34 ff	Erbschaftsbesitz _____	56
Besitzer _____	34	Feststellungsklage _____	68
Besitzklage, petitorische _____	63	Fremdbesitz _____	1, 6
– possessorische _____	14	Friedenstheorie _____	17
Besitzschutz _____ 1 f, 4, 6, 9, 12, 15, 20 f, 62 ff		Funktionen des Besitzes _____	13
Blankettbegriff _____	39	Gegenstand des Besitzes _____	43 ff
Condictio ex canone _____	4	Gemeines Recht _____	4, 6, 45
Détenteur _____	31	Gewahrsam _____	58 f
Detentio _____	4, 6	Gewaltrechte _____	15
Deutsches Recht _____	2 f	Gewere _____	2 f
Dienergewahrsam _____	34, 40	Immaterialgüter _____	50
Dienstbarkeiten _____	45, 48	Inhabung _____	5, 9, 27
Drittwiderspruchsklage _____	66	Interdikte _____	1, 45
Eigenbesitz _____	1, 6, 9, 31	Jagdrecht _____	49
Einstweiliger Rechtsschutz _____	20 f	Kanonisches Recht _____	4
Ejectment _____	32		

Kondiktion des Besitzes _____	65	Sachherrschaft, tatsächliche _____	34
Konkurs _____	22, 67	Schadensersatz _____	36, 64
Kontinuitätstheorie _____	18 f	Spolienklage _____	4
Legitimation durch Besitz _____	27	Steuerrecht _____	28, 55
Materieller Besitzervorzug _____	13, 22	Streitwert _____	52
Mittelbarer Besitz _____	1 f, 34, 58	Summariissimum _____	4
Persönlichkeitstheorie _____	16	Tatsächliche Gewalt _____	34, 60
Petitorische Einwendungen _____	9	Trespass _____	32
Pflichten des Besitzers _____	28	Übergangsbestimmungen _____	69
Possessio _____	1, 4, 6	Unkörperliche Gegenstände _____	44
Possessorische Ansprüche _____	12, 14 ff	Verdinglichung obligatorischer Rechte _____	25
Rechtsbesitz _____	7, 9, 45 ff	Verkehrsanschauung _____	37 f
Rechtserhaltungsfunktion _____	23	Vermutungswirkung des Besitzes _____	27, 33
Rechtsnatur des Besitzes _____	34 ff	Vindikation _____	1, 21
Rechtsverhältnis _____	42	Waffenrecht _____	60
Relativer Besitzbegriff _____	39 ff	Zeichenfunktion des Besitzes _____	12 f, 27, 33
Risikozuweisung _____	29	Zurückbehaltungsrecht, kaufmännisches _____	52
Römisches Recht _____	1	Zwangsversteigerung _____	22, 53
Sachgesamtheiten _____	43	Zwangsvollstreckung _____	22, 26, 66

I. Vorgeschichte und Aufbau des ersten Abschnitts (§§ 854–872)

1. Historische Wurzeln des Besitzrechts

1 Das Besitzrecht des BGB ist aus römischen, deutschen und kanonistischen Rechtsinstituten entstanden, die in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Entwicklung eine komplexe wechselseitige Durchdringung erfuhren.

a) Das römische Besitzrecht (vgl. KASER, Das röm. Privatrecht 1 [2. Aufl. 1971] §§ 36, 94 ff; 2 [2. Aufl. 1975] §§ 238 ff; BEHREND'S ZRG Rom Abt 119 [2002] 99 ff) geht auf zwei sehr unterschiedliche Wurzeln zurück. Die eine ist die tatsächliche Sachherrschaft als ein Erfordernis der Ersitzung (Usukapionsbesitz, für die klassischen Juristen ein Institut des *ius civile*), die andere eine eigentumsähnliche mit faktischer Nutzung einhergehende Herrschaft über Liegenschaften. Die faktische Sachherrschaft des Ersitzers wurde in vorklassischer Zeit nicht als *possessio*, sondern als *usus* bezeichnet. Unter *possessio* (etymologisch von *pots* = Gewalt und *sedere* = sitzen abzuleiten) verstehen die von den Verhältnissen der frühen Republik berichtenden Quellen das Privatleuten widerruflich eingeräumte Nutzungsrecht an in Staatseigentum verbleibendem Land (*ager publicus*). Auch das vom patrizischen Grundherrn dem Klienten widerruflich überlassene Stück Land wurde *possessio* genannt. Die vom Staat, später auch die vom privaten Grundherrn verliehene *possessio* wurde in einem besonderen Verfahren durch *interdicta* gegen Entziehung und Störung geschützt. Besitz, den der Antragsteller vom Gegner gewaltsam, heimlich oder auf jederzeitigen Widerruf

(*vi clam precario*) erlangt hatte, genoß keinen Schutz. Irrelevant war die Art und Weise, auf die der Antragsteller den Besitz von einem Dritten erlangt hatte. Auch dem privaten Grundeigentümer wurde dieser ursprünglich wohl öffentlichrechtlich ausgestaltete Besitzschutz zuteil. Er setzte ein dingliches oder obligatorisches Recht zum Besitz nicht voraus. Der im Interdiktenverfahren wegen verbotener Eigenmacht unterlegene dinglich Berechtigte mochte in einem weiteren Verfahren mit einer *actio* die Herausgabe erreichen. Für die Vindikation hatte das Interdiktenverfahren eine vorbereitende Wirkung. Vindikationsbeklagter war der Besitzer; die Rolle des Klägers, der sein Eigentum beweisen mußte, fiel dem Nichtbesitzer zu. Es liegt in der Natur der Sache, daß nur der Eigenbesitzer Ersitzungsbesitzer (*possessor ad usucapionem*) sein konnte. Aber auch der Interdiktenbesitz kam grundsätzlich nur dem Eigenbesitzer zu. Mieter und Pächter waren nicht als Besitzer anerkannt, was sich aus ihrer inferioreren sozialen Stellung erklären läßt. Wurde ihnen der Besitz durch einen Dritten entzogen, mußten sie versuchen, den Vermieter bzw Verpächter zur Einleitung eines Besitzschutzverfahrens zu bewegen. Im Verhältnis zum Vermieter bzw Verpächter waren sie auf die Klage aus dem Vertrag angewiesen. Ein eigenes Interesse an Besitzschutz wurde hingegen dem Pfandgläubiger, dem Erbpächter und dem Sequester zuerkannt, außerdem auch dem Prekaristen, der eine Sache auf jederzeitigen Widerruf entliehen hat. Der auffallende Gegensatz zum besitzschutzlosen Mieter erklärt sich aus der historischen Wurzel des Interdiktenbesitzes. Den Schriften der römischen Juristen läßt sich entnehmen, daß sie die *possessio* als faktischen Zustand, nicht als dingliches Recht betrachteten. In der den Besitz ausmachenden tatsächlichen Sachherrschaft erkannten sie ein objektives Element (*corpus*) und ein subjektives (*animus*), ohne jedoch hieraus zwei selbständig zu prüfende Tatbestandselemente zu machen. Der Besitzwille mußte sich beim Besitzerwerb in der Herstellung der tatsächlichen Gewalt äußern. Verlust des Besitzes wurde in manchen Fällen, zB dem der Sommerweide zur Winterszeit, verneint, wenn zwar die tatsächliche Beherrschung einstweilig aufgehört hatte, der Besitzwille aber andauerte (*possessio quae animo retinetur*) (vgl LAMBRINI, L'elemento suggestivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico [1998]).

b) Ein unserem Besitz und der römischen *possessio* ähnliches Rechtsinstitut des mittelalterlichen deutschen Rechts ist die **Gewere**.^{*} Die etymologische Ableitung von dem Verb wern = einkleiden ist nicht unumstritten. Sicher aber läßt sich die in frühmittelalterlichen Quellen als *vestitura* oder *investitura* wiedergegebene Gewere als „Einkleidung“ einer Person mit einem erworbenen Recht verstehen. Von dieser Beschreibung eines Vorgangs führt ein nur kleiner Schritt zur Bezeichnung des äußerlich erkennbaren Zustands der Herrschaft über ein Rechtsobjekt. Nur sofern der Gegenstand der Herrschaft eine körperliche Sache ist, kommt der Inhalt der Gewere unserem Besitz nahe. Jedoch ist bei der Übertragung des Geweregedankens auf unseren Besitzbegriff schon deshalb Vorsicht geboten, weil das alte deutsche

* **Schrifttum:** OGRIS, Gewere, Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte 1 (1971) 1658 ff, der im wesentlichen GIERKE, Deutsches Privatrecht II (1905) § 113 und EUGEN HUBER, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht (1894) folgt; HÜBNER, Grundzüge des deutschen Privatrechts (1930) 430 f. Neuere

Forschungsergebnisse berücksichtigt ISHIKAWA, Die Gewere im Sachsenspiegel, in: FS Thieme (1986) 59 ff. Eine von der traditionellen Lehre der Germanistik abweichende Sicht auf die Gewere entwickelt KOCH, § 1007 BGB. Neues Verständnis auf der Grundlage alten Rechts (1986).

Recht die Vorstellung des dinglichen Rechts nicht kannte. Die engste Verwandtschaft der Gewere mit dem Besitz der §§ 854 ff BGB zeigt sich in der Gewere an beweglichen Sachen. Hier äußert sich die rechtlich fundierte Herrschaft über die Sache in der tatsächlichen Gewalt, die der Rechtsinhaber ausübt. Auf die Gewere an Liegenschaften trifft dies in erheblich geringerem Grade zu. Zwar kann sich auch hier das Recht am Grundstück darin äußern, daß der Rechtsinhaber es bewirtschaftet und die Früchte erntet („hebbende“ oder „brukende“ Gewere in mittelalterlichen Quellen). Nutzungsrechte an Grundstücken können aber auch ohne körperlichen Kontakt des Berechtigten zum Grundstück bestehen, etwa wenn ihm Geldzahlungen oder Dienste für die unmittelbare Nutzung zustehen. Allgemein läßt sich die Gewere als wie auch immer gestaltete nach außen hervortretende Ausübung eines Herrschaftsrechts umschreiben. Der Begriff der Gewere ließ sich so auch auf die Ausübung von Zollgerechtigkeiten und anderen lehnbaren Rechten ausdehnen, die ohne auch nur mittelbare Einwirkung auf ein Grundstück bestehen können. Hier liegt die Wurzel der im heutigen Recht problematischen Konstruktion eines Rechtsbesitzes. Da in der Rechtsordnung des Mittelalters an ein und demselben Grundstück die verschiedensten Berechtigungen bestehen konnten, die sich in jeweils spezifischen Ausübungshandlungen manifestierten, bereitete die Anerkennung geteilter oder mehrfach gestufter Gewere dem Rechtsdenken keine Schwierigkeiten. Ebenso zwanglos konnte man sich, da tatsächliche Sachherrschaft kein Erfordernis der von der germanistischen Wissenschaft so genannten ideellen Gewere war, von der ursprünglich mit der Hausgenossenschaft gegebenen körperlichen Beziehung des Erben zu den Nachlaßgegenständen lösen und zur Vorstellung einer mit dem kundbaren Erbfall als solchem begründeten Erbgewere gelangen.

- 3 Die wichtigsten Rechtswirkungen der Gewere entfalteten sich in der Rechtsdurchsetzung und der Rechtsübertragung. Eine auf das dingliche Recht gestützte Vindikation kannte das alte deutsche Recht nicht. Die freiwillig einem anderen, zB einem Entleiher oder Verwahrer überlassene Sache konnte man nur mit einer Klage aus dem Vertragsverhältnis zurückfordern. Dem Entleiher oder Verwahrer konnte die Sache, weil er Inhaber der Gewere war, nur dadurch abgestritten werden, daß man seine Gewere „brach“, dh durch Berufung auf das Geding nachwies, daß der Gewere kein materielles Recht entsprach. Der unfreiwillige Verlust der Gewere begründete zumindest bei Diebstahl und Raub eine deliktische Klage gegen den Entwerer oder einen Dritten, in dessen Gewere die Sache gelangt war. Im Prozeß genoß der Inhaber dieser Gewere die günstigere Stellung der Partei, die näher zum Beweis stand. Im Rechtsstreit mehrerer Gewereinhaber untereinander bewirkte die stärkere Gewere, zB die Eigengewere gegenüber der Lehengewere, den Beweisvorzug. Unter auf gleicher Stufe stehenden Gewereinhabern privilegierte die durch Fristablauf (meist Jahr und Tag) verstärkte sogenannte rechte Gewere die prozessuale Stellung ihres Inhabers. Er brauchte sich auf einen Streit um die materielle Berechtigung nicht einzulassen.

Da die Gewere den äußeren Anschein eines Sachenrechts (im heutigen Verständnis) erweckte, diente ihre Übertragung der Rechtsübertragung. Durch Einräumung leiblicher Gewere an einer beweglichen Sache übertrug man das Eigentum daran. Im Liegenschaftsrecht wurde die Übertragung der ideellen Gewere zum Übertragungsmittel des Grundeigentums. Mit der Transportfunktion der Gewere hängt ihre Le-

gitimationswirkung zusammen. Die Verfügungsmacht eines Berechtigten wurde durch seine Gewere ausgewiesen.

c) Als das **römische Recht in Deutschland rezipiert** wurde, bereitete die dogmatische Bewältigung des herkömmlichen, aus dem Gedanken der Gewere fließenden Besitzschutzes mit den Begriffen des römischen Rechts nicht geringe Schwierigkeiten. Das Mittelalter kannte geteiltes Eigentum und eine Vielzahl an ein und derselben Sache Berechtigter. Sieht man allein den „Obereigentümer“ als Eigentümer an, handelt es sich bei den nachgeordneten Berechtigten in moderner Terminologie um Fremdbesitzer. Zum großen Teil waren sie sozial weit höher angesiedelt als der römische Mieter oder Pächter, so daß sich eine Beschränkung des Besitzschutzes auf den Eigenbesitz verbot. Gleichwohl dehnte man den Begriff der *possessio* nicht auf jeden Fremdbesitz aus. Vielmehr knüpfte man den Besitzschutz an die tatsächliche Sachherrschaft, zu deren Bezeichnung sich der im antiken römischen Recht noch nicht technisch gebrauchte Ausdruck „*detentio*“ einbürgerte. Dem Detentor wurde Besitzschutz durch die aus dem kanonischen Recht übernommene Spolienklage (*condictio ex canone*) zuteil. Sie war im Hochmittelalter aus einer Einrede entwickelt worden, die es dem Bischof, dem Vermögenswerte eigenmächtig entzogen worden waren, gestattete, die Einlassung auf eine Klage zu verweigern, solange ihm das vom Kläger Entzogene nicht zurückerstattet war (instruktive Kurzdarstellung bei WINDSCHEID/KIPP, Lb des Pandektenrechts [9. Aufl 1906] § 162a). Wesentlich an der gemeinrechtlichen Spolienklage war der Ausschluß eines Streits um das Recht zum Besitz. Das spätere gemeine Prozeßrecht entwickelte im *summariissimum* ein beschleunigtes Verfahren zur Abwehr verbotener Eigenmacht. So vereinigte die Praxis des gemeinen Rechts die zeitgenössische Verkehrsanschauung mit der römischen Begrifflichkeit.

d) In den **naturrechtlichen Kodifikationen der Neuzeit** nimmt dies seinen Fortgang. Das preußische ALR schützt im siebten Titel des ersten Buches nicht nur den Eigenbesitzer, den es „vollständigen“ Besitzer nennt (§ 7 I 7), sondern auch den in Anerkennung fremden Eigentums eigenes Recht (zB als Mieter) ausübenden „unvollständigen“ Besitzer (§ 6 I 7). Wer eine Sache ausschließlich in fremdem Interesse in Gewahrsam hat wie zB der Verwahrer, wird als bloßer „Inhaber“ eingestuft (§§ 1, 2 I 7). Aber auch der Inhaber genießt Schutz gegen verbotene Eigenmacht. Im Verhältnis zwischen vollständigem und unvollständigem Besitzer wird nur der unvollständige als der Inhaber der faktischen Sachherrschaft geschützt. Ähnlich ordnet das österreichische ABGB den Besitzschutz. Es nennt nur den Eigenbesitzer „Besitzer“ (§ 309). Der Fremdbesitzer wird als „Inhaber“ bezeichnet. Gegen den Besitzer wird ihm Besitzschutz zuteil. Neben der die tatsächliche Sachherrschaft schützenden Funktion hat der Besitz auch in den Kodifikationen der Neuzeit die Aufgabe, Ersitzung zu ermöglichen. Der Code civil sieht den Besitz vornehmlich unter diesem Gesichtswinkel (Art 2228–2235). ALR, ABGB und andere Gesetzbücher des 18. und 19. Jahrhunderts kannten dem Geweregedanken folgend neben dem Sachbesitz auch einen Besitz an Rechten. Für das ALR zB war der Mieter unvollständiger Besitzer der Mietsache und zugleich vollständiger Besitzer seines Rechts, die Mietsache zu gebrauchen (§ 9 I 7).

e) Der **Pandektenwissenschaft** des 19. Jahrhunderts genügte es nicht, die verschiedenen Wurzeln entstammenden Besitzwirkungen im Einklang mit der Verkehrsanschauung praktisch zu handhaben. Namentlich SAVIGNY unternahm es, die Besitz-