

RICCARDA FELDMANN

Der possessorische
Besitzschutz und
sein Verhältnis zum
petitorischen Recht

Studien zum Privatrecht



Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 90



Riccarda Feldmann

Der possessorische Besitzschutz und sein Verhältnis zum petitorischen Recht

Eine materiellrechtliche und zivilprozessuale
Betrachtung

Mohr Siebeck

Riccarda Feldmann, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg, am Trinity College Dublin und an der Universität Erlangen-Nürnberg; Rechtsreferendariat im OLG-Bezirk Nürnberg; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Insolvenzrecht und Freiwillige Gerichtsbarkeit an der Universität Erlangen-Nürnberg; 2019 Promotion; derzeit Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth.

ISBN 978-3-16-159004-7 / eISBN 978-3-16-159005-4

DOI 10.1628/978-3-16-159005-4

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Tätigkeit am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Insolvenzrecht und Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Rechtsprechung und Literatur konnten bis September 2019 berücksichtigt werden.

Der allergrößte Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Jürgen Stamm. Seit meiner Beschäftigung als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl, die schon während des Rechtsreferendariats begann, hat er mein Interesse am vertieften wissenschaftlichen Arbeiten fortlaufend gefördert. Sowohl bei der Erstellung der Dissertation als auch bei der akademischen Mitarbeit am Lehrstuhl hat er mir großzügig Freiräume gelassen ebenso wie Unterstützung geboten.

Herrn Prof. Dr. Thomas Regenfus danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und aufschlussreiche Kommentierungen, Herrn Prof. Dr. Hans-Dieter Spengler für die Übernahme des Vorsitzes in der Prüfungskommission. Für seinen Zuspruch während der Promotionsphase möchte ich mich außerdem bei meinem Mentor im Ariadne-Programm der Friedrich-Alexander-Universität, Herrn Prof. Dr. Franz Hofmann, bedanken. Unvergessen bleibt mir auch die Unterstützung durch unzählige Kolleginnen und Kollegen sowie durch meinen Mann und meine Eltern. Letzteren ist diese Arbeit gewidmet.

Nürnberg, im September 2019

Riccarda Feldmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
§ 1 Einleitung	1
I. Der Besitz als Forschungsgegenstand	1
II. Ausgangslage: Der Besitzschutz nach §§ 858 ff. BGB und die Aktualität von Selbsthilfe	2
III. Problemstellung und daraus resultierende Zielsetzung der Arbeit . . .	3
IV. Methodische Vorüberlegung	5
V. Zum Aufbau und Gang der Untersuchung	10
§ 2 Der possessorische Besitzschutz aus rechtsgeschichtlicher Perspektive	13
I. Der Besitzschutz vor Entstehung des BGB	13
II. Die Entstehung der Besitzvorschriften des BGB	22
§ 3 Zum Grund des possessorischen Besitzschutzes	27
I. Vorbemerkung: Die Rechtsnatur des Besitzes	27
II. Die verschiedenen Begründungsansätze	30
III. Eigene Würdigung	36
IV. Die tatsächliche Gewalt über die Sache als Anknüpfungspunkt für den Schutzmechanismus	61
§ 4 Der Stellenwert des § 863 BGB: Possessorischer Besitzschutz als Sanktionsinstrument	71
I. § 863 BGB als Ausnahme zum <i>dolo-agit</i> -Einwand	71
II. Die verschiedenen Zwecke des § 863 BGB	73

III. Fortschreibungen des Rechtsgedankens des § 863 BGB im Prozessrecht	91
IV. Fazit	100
§ 5 Das Verhältnis des possessorischen Anspruchs zum petitorischen Anspruch	103
I. Die Bedeutung des § 864 II BGB	103
II. § 864 II BGB in der konkreten Rechtsanwendung	119
III. Reichweite des § 863 BGB in weiteren Fällen	173
IV. Gesamtfazit	178
§ 6 Die petitorische Widerklage	179
I. Die Entwicklung der Rechtsprechung	179
II. Die Ansichten in der Literatur	183
III. Plädoyer gegen die Zulässigkeit der petitorischen Widerklage	184
IV. Zulässigkeit eines petitorischen Widerantrags analog § 33 ZPO?	205
V. Resümee zur petitorischen Widerklage	208
§ 7 Erlöschen der Besitzschutzansprüche bei Rechtsmissbrauch des possessorischen Klägers	209
I. § 242 BGB als Einfallstor für die Grundrechte	209
II. Voraussetzungen für die Bejahung von Rechtsmissbrauch	210
III. Fazit	216
§ 8 Possessorischer Besitzschutz <i>de lege ferenda</i>	217
I. Annäherung an eine <i>lex ferenda</i>	217
II. Europäischer Rechtsvergleich	220
III. <i>De lege ferenda</i> – „kleine Lösung“ im BGB: Veränderung der §§ 863, 864 II BGB sowie §§ 861 II, 862 II BGB?	236
IV. <i>De lege ferenda</i> – „große Lösung“: Alternativen zum possessorischen Besitzschutz im BGB?	249
V. Fazit zu den Möglichkeiten <i>de lege ferenda</i>	262
§ 9 Zusammenfassung der Ergebnisse	265
Literaturverzeichnis	271
Gesetzesmaterialien	290
Register	291

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
§ 1 Einleitung	1
I. Der Besitz als Forschungsgegenstand	1
II. Ausgangslage: Der Besitzschutz nach §§ 858 ff. BGB und die Aktualität von Selbsthilfe	2
III. Problemstellung und daraus resultierende Zielsetzung der Arbeit . . .	3
IV. Methodische Vorüberlegung	5
1. Der Besitz: Möglichkeit einer Begriffsbestimmung?	5
2. Terminologie: Possessorische und petitorische Ansprüche	7
3. Das Verhältnis des Zivilverfahrensrechts und der Zwangsvollstreckung zum materiellen Recht	8
V. Zum Aufbau und Gang der Untersuchung	10
§ 2 Der possessorische Besitzschutz aus rechtsgeschichtlicher Perspektive	13
I. Der Besitzschutz vor Entstehung des BGB	13
1. Römisches Recht: Die Interdikte	13
2. Kanonisches Recht: Die Spolienklage	16
3. Germanisches Recht: Die Gewere	17
4. Gemeines Recht: Renaissance des römischen Rechts	18
5. Die frühen Partikularrechtskodifikationen	21
6. Fazit zur historischen Entwicklung	21
II. Die Entstehung der Besitzvorschriften des BGB	22
1. Der Vorentwurf	23
2. Die Änderungsvorschläge	24
3. Die Beratung der Ersten Kommission	25
4. Die Beratung der Zweiten Kommission	25
5. Fazit	26

§ 3 Zum Grund des possessorischen Besitzschutzes	27
I. Vorbemerkung: Die Rechtsnatur des Besitzes	27
1. Rückschluss von der Rechtsnatur des Besitzes auf den Grund seines Schutzes	28
2. Judikatur des BVerfG	28
II. Die verschiedenen Begründungsansätze	30
1. Schutz des Eigentums	30
2. Schutz der Kontinuität	31
3. Schutz der Persönlichkeit	31
4. Schutz des Rechtsfriedens	34
5. Kombination von Rechtsfriedens- und Kontinuitätsschutz	34
6. Ökonomische Analyse des Rechts	35
III. Eigene Würdigung	36
1. Kritik an der Eigentumstheorie	37
2. Kritik an der Ökonomischen Analyse	38
3. Kritik an der Kontinuitätstheorie	38
4. Kritik an der reinen Persönlichkeitstheorie	41
5. Rechtsfriedenstheorie als Basis	42
6. Eigener Ansatz: Zusammenspiel von Persönlichkeitstheorie und Rechtsfriedenstheorie	42
a) Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen als Wurzel der Rechtsfriedenstheorie	42
b) Das staatliche Gewaltmonopol	45
c) Zwischenergebnis	46
d) Rückführung auf die Normen des BGB	46
aa) Das Notwehrrecht gem. § 859 I BGB als Folge des Angriffs auf die Persönlichkeit	47
bb) Die Schwäche der Rechtsfriedenstheorie mit Blick auf § 859 II, III BGB?	48
(1) Besitzschutz als Gewährung echter Selbsthilfe	48
(2) Gesetzgeberische Intention bei Schaffung von § 859 II, III BGB	48
(3) Exkurs: Verfassungsgemäßheit des § 859 II, III BGB	49
(a) Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Besitz und Eigentum?	50
(b) § 859 II und III BGB als Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 I GG	50
(c) Unverhältnismäßiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Störers oder dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit?	52

(d) Fazit: Gebotene Restriktion	54
cc) Herstellung des <i>status quo ante</i> gem. § 861 I BGB und § 862 I BGB	55
dd) Der fehlerhafte Besitzer gem. § 858 II 2 BGB als Anspruchsgegner	56
ee) Zeitliche Begrenzung des Anspruchs auf ein Jahr gem. § 864 I BGB	57
ff) § 864 II BGB sowie § 861 II und § 862 II BGB als Fremdkörper im Schutzsystem	57
(1) Durchbrechung des possessorischen Schutzes gem. § 864 II BGB	58
(2) Durchbrechung des possessorischen Schutzes bei fehlerhaftem Besitz gem. § 861 II BGB und § 862 II BGB	58
7. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse	60
IV. Die tatsächliche Gewalt über die Sache als Anknüpfungspunkt für den Schutzmechanismus	61
1. Besitzschutz des Besitzdieners	62
2. Besitzschutz des Erbenbesitzers	64
3. Besitzschutz des mittelbaren Besitzers	65
4. Besitzschutz des sog. Kurzbesitzers	68
5. Fazit	69

§ 4 Der Stellenwert des § 863 BGB:

Possessorischer Besitzschutz als Sanktionsinstrument	71
I. § 863 BGB als Ausnahme zum <i>dolo-agit</i> -Einwand	71
II. Die verschiedenen Zwecke des § 863 BGB	73
1. Hinweise des historischen Gesetzgebers	73
a) Motive	73
b) In Bezug genommene Kodifikationen	74
aa) Gemeines Recht	74
bb) Hessischer Entwurf	74
cc) Bayerischer Entwurf und ABGB	75
dd) Code de procédure civile	75
ee) Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich	76
c) Ergebnis der historischen Analyse	76
2. Beschleunigungszweck: Schnelles Verfahren	76
3. Präventionszweck: Sanktionierung verbotener Eigenmacht	76
a) Der Streit um pönale Elemente im Zivilrecht	77
aa) Sanktion und Prävention als Aufgabe des Strafrechts	77

bb) Das Zivilrecht als Rechtsordnung unter Gleichen	78
cc) Ausnahmen im Zivilrecht?	79
(1) Rechtspolitische Position	80
(2) „Echte“ Straffunktion von Zivilnormen?	80
(3) Präventionswirkung von Zivilnormen	82
(a) Prävention als reine Reflexwirkung	82
(b) Prävention als ausdrückliches gesetzgeberisches Motiv	82
(4) Zwischenfazit	83
b) Der Besitzschutz nach §§ 861 ff. BGB: Paradebeispiel für Präventionsnormen	83
aa) Keine vermögensrechtliche Kompensation durch §§ 861 f. BGB	84
bb) Keine Kompensation für den Eingriff in die Persönlichkeit durch §§ 861 f. BGB	86
cc) Keine andere Ausgestaltung des § 863 BGB trotz entsprechender Vorbilder	87
c) Einwendungsausschluss als Steuerungsinstrument des BGB . . .	87
aa) § 393 BGB und § 863 BGB als historisch verwandte Normen	87
bb) Prozessuale Parallele	89
4. Ergebnis zum Zweck des § 863 BGB	90
III. Fortschreibungen des Rechtsgedankens des § 863 BGB im Prozessrecht	91
1. Der possessorische einstweilige Rechtsschutz	91
a) Vorüberlegung: Der possessorische Besitzschutz als „materielles Zwischenrecht“?	92
b) Möglichkeit einer possessorischen Leistungsverfügung	94
aa) Verzicht auf einen materiellrechtlichen Verfügungsanspruch?	96
bb) Verbotene Eigenmacht als besonderer Verfügungsgrund . .	98
(1) Sanktionierungsgedanke als „anderer Grund“ im Sinne des § 940 ZPO	98
(2) Die Bedeutung des § 940a ZPO	99
2. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung	100
IV. Fazit	100

§ 5 Das Verhältnis des possessorischen Anspruchs zum petitorischen Anspruch	103
I. Die Bedeutung des § 864 II BGB	103
1. Zum unklaren Wortlaut des § 864 II BGB	104
a) Das Recht an der Sache	104
b) Die zeitliche Komponente der Norm	104
2. Widerspruch zum Sanktionsmechanismus der Besitzschutzansprüche	105
a) Problematische Umgehung des staatlichen Gewaltmonopols	105
b) Wirtschaftliche Belohnung für die Begehung verbotener Eigenmacht	106
c) Fazit	107
3. Friktionen mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit	107
4. Zum Ursprung der Norm	108
a) Die Gesetzesmaterialien	108
b) Johows Entwurf unter Bezugnahme auf das gemeine Recht	109
aa) Der Entwurf <i>Johows</i>	109
bb) Der Stellenwert des petitorischen Rechts im gemeinen Recht	109
cc) Folgerungen für die Parteirollen und den Streitgegenstand	110
c) Begründung des Rechtskraftefordernisses	114
d) Fazit zur Gesetzgebungsgeschichte	115
5. § 864 II BGB als prozessökonomische Regel im materiellrechtlichen Gewand?	116
a) Die Prozessökonomie im Verfahrensrecht	116
b) Rechtsgedanke der Prozessökonomie im materiellen Recht?	118
II. § 864 II BGB in der konkreten Rechtsanwendung	119
1. Vorbemerkung: Prozessuale Ausgangslage	119
a) Klage aus dem Besitzrecht bei vorausgegangenem Entzug des Besitzes	119
aa) Feststellungsklage	119
bb) Leistungsklage	119
cc) Bewertung	121
b) Klage aus dem Besitzrecht bei vorausgegangener Störung des Besitzes	122
2. „Sofortige Durchsetzbarkeit“ des petitorischen Rechts?	123
a) Umgehung des Vollstreckungsrechts bei petitorischem Feststellungsurteil nach Entziehung des Besitzes	123
aa) Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO	123
bb) Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO	124

b)	Lösungsansatz: „Sofortige Durchsetzbarkeit“?	125
c)	Hinfälligkeit des Problems bei petitorischem Leistungsurteil?	127
aa)	Kein praktischer Wert der Gewährung von Vollstreckungsschutz bei Herausgabeurteil	127
bb)	Keine Vorteile im Hinblick auf § 767 ZPO	128
cc)	Fazit	129
d)	Abschließendes Lösungsmodell zur Prüfung der „sofortigen Durchsetzbarkeit“ im Rahmen des § 864 II BGB	129
aa)	Mögliche Einwände gegen die Prüfung der „sofortigen Durchsetzbarkeit“	130
bb)	Vollstreckungsschutz als Erfordernis des Grundrechtsschutzes	131
cc)	Verfassungskonforme Auslegung	132
dd)	Maßgeblicher Zeitpunkt für die hypothetische Prüfung	133
ee)	Nachträglich entstandene Einwendungen im Sinne des § 767 ZPO	134
ff)	Fazit	135
3.	Analoge Anwendung von § 864 II BGB auf die Begehung verbotener Eigenmacht nach Rechtskraft des Urteils	136
a)	Argumente für eine Analogie in zeitlicher Hinsicht	136
b)	Argumente gegen eine Analogie in zeitlicher Hinsicht	137
aa)	Gesetzeshistorie: Keine planwidrige Regelungslücke	138
bb)	Ausdehnung der ohnehin schon problematischen Regelung	138
c)	Zwingende analoge Anwendung in Fällen der Besitzstörung?	139
d)	Fazit	141
4.	Vollstreckungsrechtliches Patt bei vorläufiger Vollstreckbarkeit	141
a)	Problembeschreibung anhand eines Fallbeispiels	141
b)	Lösungsansätze	143
aa)	Analoge Anwendung von § 864 II BGB auf nicht rechtskräftige Urteile	143
bb)	Lösung auf vollstreckungsrechtlicher Ebene	144
c)	Bewertung	145
aa)	Ablehnung der analogen Anwendung des § 864 II BGB auf nicht rechtskräftige Urteile	145
(1)	Fehlende Voraussetzungen für eine Analogiebildung	145
(2)	Wirtschaftliche Belohnung für die Begehung verbotener Eigenmacht	147
(3)	Dogmatische Widersprüche	148
(4)	Ausweitung der Gefahr der Umgehung des Vollstreckungsschutzes	150

bb) Ablehnung der „Vollstreckungslösung“ wegen möglicher Unbilligkeit zulasten des petitorisch Berechtigten	150
d) Eigener Vorschlag: § 890 ZPO als Mittel zur Auflösung des Patts	151
aa) Das Verschuldenserfordernis in § 890 ZPO	152
bb) Das Verschuldenserfordernis als Einfallstor für materielle Wertungen	152
e) Ergebnis	154
5. Die Auswirkung einer petitorischen einstweiligen Verfügung . . .	155
a) Analoge Anwendung von § 864 II BGB	155
b) Gestattungswirkung der einstweiligen Verfügung	156
c) Einstweilige Verfügung als übergeordneter Hoheitsakt mit rechtserzeugendem Inhalt	156
aa) Literatur	156
bb) Ältere Rechtsprechung	157
d) Bewertung	158
aa) Argumente gegen die analoge Anwendung von § 864 II BGB	158
bb) Argumente gegen die Gestattungswirkung	159
cc) Argumente gegen den besonderen rechtserzeugenden Inhalt einer petitorischen Verfügung	160
(1) Möglichkeit einer petitorischen „Behaltensverfügung“ nach eigenmächtiger Besitzentziehung?	160
(2) Möglichkeit einer petitorischen Unterlassungsverfügung nach eigenmächtiger Besitzentziehung?	162
(a) Voraussetzungen einer Unterlassungsverfügung nach geltender zivilprozessualer Dogmatik	163
(b) Analyse der Entscheidungen des OLG Stuttgart 10 U 141/11 und 10 W 47/11	164
(aa) Inhalt der Entscheidung OLG Stuttgart 10 U 141/11	164
(bb) Inhalt der Entscheidung OLG Stuttgart 10 W 47/11	165
(cc) Bewertung	166
(3) Fazit	169
e) Ergebnis zu den Auswirkungen einer petitorischen Verfügung auf den possessorischen Anspruch	169
6. Die Inzidentprüfung als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens aus § 864 II BGB?	170
7. Fazit zum Verhältnis des § 863 BGB zu § 864 II BGB	172

III. Reichweite des § 863 BGB in weiteren Fällen	173
1. Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten	173
2. § 1361a und § 1361b BGB als <i>leges speciales</i> ?	174
3. Hinfälligkeit des Besitzschutzanspruchs durch Pfändung aufgrund titulierter Geldforderung	177
IV. Gesamtfazit	178
§ 6 Die petitorische Widerklage	179
I. Die Entwicklung der Rechtsprechung	179
1. RGZ 23, 396	179
2. RGZ 50, 8	180
3. BGHZ 53, 166	181
4. BGHZ 73, 355	181
5. BGH NJW 1979, 1359	182
6. Zusammenfassung	183
II. Die Ansichten in der Literatur	183
III. Plädoyer gegen die Zulässigkeit der petitorischen Widerklage	184
1. Die Funktion der Widerklage in der ZPO	184
2. Der „Zusammenhang“ gem. § 33 ZPO	185
3. Dogmatische Verankerung des Verbots einer petitorischen Widerklage	187
a) Unzulässigkeit der petitorischen Widerklage aufgrund fehlenden Zusammenhangs?	187
b) Eigenständiges Widerklage-Verbot aus übergeordneten materiellrechtlichen Gründen	188
aa) Gesetzeshistorie	188
(1) CPO	188
(2) BGB	191
(3) Fazit	193
bb) Systematik	193
cc) Telos des Besitzschutzes	194
(1) Beschleunigte Entscheidung	195
(a) Die nur scheinbar unproblematische Lösung über § 301 ZPO	195
(b) Inkonsistenz bei der Kostenentscheidung	198
(2) Präventionswirkung und das Erschleichen prozessualer Privilegien	199
(a) Gebühren	199
(b) Gerichtsstand	199

(3) Spannungsfeld zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht	200
dd) Keine Gefährdung der hinter der Widerklage stehenden Grundsätze	201
(1) Prozessökonomie	201
(2) Entscheidungseinklang	203
(3) Waffengleichheit	203
c) Zwischenfazit	204
4. Ausnahmen	204
IV. Zulässigkeit eines petitorischen Widerantrags analog § 33 ZPO? . .	205
1. Zulässigkeit eines Widerantrags im einstweiligen Verfügungsverfahren	205
2. Zulässigkeit einer petitorischen Feststellungsgegenverfügung . .	206
3. Fazit	207
V. Resümee zur petitorischen Widerklage	208
 § 7 Erlöschen der Besitzschutzansprüche bei Rechtsmissbrauch des possessorischen Klägers	209
I. § 242 BGB als Einfallstor für die Grundrechte	209
II. Voraussetzungen für die Bejahung von Rechtsmissbrauch	210
1. Höherwertige Grundrechte außerhalb der Wertung des § 863 BGB	210
2. Das Eigentumsgrundrecht innerhalb der Wertung des § 863 BGB	212
a) § 229 BGB zur vorgeschalteten Vermeidung einer Rechtsvereitelung	213
b) Nachträgliche Gefahr einer Rechtsvereitelung oder unbilligen Härte	213
aa) Objektive Kriterien für unbillige Härte	213
bb) Subjektive Kriterien für unbillige Härte	214
c) Ergebniskorrektur über das Zwangsvollstreckungsrecht?	215
III. Fazit	216
 § 8 Possessorischer Besitzschutz <i>de lege ferenda</i>	217
I. Annäherung an eine <i>lex ferenda</i>	217
1. Anknüpfungspunkte für Verbesserungen	217
2. Selbsthilfe als aktuelles und künftiges gesellschaftliches Problem?	219
II. Europäischer Rechtsvergleich	220

1. Possessorischer Besitzschutz in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen	222
a) Deutschsprachige Länder	223
aa) Schweiz	223
(1) Definition von Besitz	223
(2) Ausgestaltung des possessorischen Besitzschutzes und Verhältnis zum petitorischen Recht	224
(3) Strafrechtliche Sanktionierung von Selbsthilfe	225
bb) Österreich	225
(1) Definition von Besitz	225
(2) Ausgestaltung des possessorischen Besitzschutzes und Verhältnis zum petitorischen Recht	225
cc) Ergebnis für den deutschsprachigen Raum	226
b) Romanische Länder	227
aa) Italien	227
(1) Definition von Besitz	227
(2) Ausgestaltung des possessorischen Besitzschutzes und Verhältnis zum petitorischen Recht	227
(3) Strafrechtliche Sanktionierung von Selbsthilfe	228
bb) Frankreich	228
(1) Definition von Besitz	229
(2) Ausgestaltung des possessorischen Besitzschutzes und Verhältnis zum petitorischen Recht	229
cc) Spanien	230
(1) Definition von Besitz	231
(2) Ausgestaltung des possessorischen Besitzschutzes und Verhältnis zum petitorischen Recht	231
(3) Strafrechtliche Sanktionierung von Selbsthilfe	231
dd) Ergebnis für die romanischen Länder	232
2. Der possessorische Besitzschutz im <i>Draft Common Frame of Reference</i> (DCFR) der Europäischen Union	232
a) Besitz und Besitzer im DCFR	233
b) Besitzschutz bei Störung oder Entziehung des Besitzes	233
c) Verhältnis des possessorischen Besitzschutzes zum petitorischen Recht	234
d) Kritik	234
3. Fazit: Niedergang des possessorischen Besitzschutzes als europäischer Trend	236
III. <i>De lege ferenda</i> – „kleine Lösung“ im BGB: Veränderung der §§ 863, 864 II BGB sowie §§ 861 II, 862 II BGB?	236

1. Aufnahme des Erfordernisses der „sofortigen Durchsetzbarkeit“ in § 864 II BGB?	236
2. Weitergehende Modifikationen zugunsten eines mildereren oder strengerer Besitzschutzes	237
a) Anpassung an die Rechtsprechungspraxis	237
aa) Erforderliche Modifikationen	238
bb) Wortlaut einer neuen Einrede in § 861 II BGB und § 862 II BGB n. F.	239
(1) Anspruch wegen Besitzentziehung	239
(2) Anspruch wegen Besitzstörung	239
cc) Erläuterung einer neuen Einrede in § 861 II BGB und § 862 II BGB n. F.	239
(1) Terminologie	239
(2) Rechtsfolge	241
(3) Vollstreckungsschutz	241
dd) Auswirkung auf die Zulässigkeit der petitorischen Widerklage	241
ee) Abschließende Bewertung	241
b) Verankerung des Grundsatzes <i>spoliatus ante omnia est restituendus</i>	242
aa) Konkrete Verortung des <i>spoliatus</i> -Grundsatzes	242
bb) Folgen für die Durchsetzungsmodalitäten des possessorischen und petitorischen Anspruchs	242
cc) Abschaffung von §§ 861 II, 862 II BGB	244
(1) Gesetzliches Leitbild	245
(2) Gegenentwürfe in der Literatur	245
(3) Eigene Würdigung	246
dd) Abschließende Bewertung	247
c) Fazit	247
3. Ergebnis zu einer <i>lex ferenda</i> innerhalb des BGB	248
IV. <i>De lege ferenda</i> – „große Lösung“: Alternativen zum possessorischen Besitzschutz im BGB?	249
1. Abschaffung der §§ 861 ff. BGB	249
a) Verbleibende Ansprüche bei Besitzstörung	249
b) Verbleibende Ansprüche bei Besitzentziehung	250
c) Fazit	251
2. Besondere ermessensgeleitete Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes	252
a) Ermessensentscheidungen im deutschen Zivil(prozess)recht	252

b) Ausgestaltung einer besonderen besitzschützenden Ermessensverfügung in der ZPO	252
aa) Mögliche Vorteile	253
bb) Verbleibende Gültigkeit der allgemeinen Vorschriften	254
c) Konkrete Verortung einer besonderen Ermessensverfügung	254
d) Wortlaut und Erläuterung eines künftigen § 940a ZPO n.F.	255
e) Abschließende Bewertung	255
3. Sanktion und Prävention über das Strafrecht	258
a) Strafbarkeit von Selbsthilfe	258
b) Hypothetische Strafnorm im StGB?	259
c) Konkrete Verortung einer potentiellen Strafnorm	259
d) Wortlaut und Erläuterung einer potentiellen Strafnorm	259
e) Abschließende Bewertung	260
V. Fazit zu den Möglichkeiten <i>de lege ferenda</i>	262
§ 9 Zusammenfassung der Ergebnisse	265
Literaturverzeichnis	271
Gesetzesmaterialien	290
Register	291

Abkürzungsverzeichnis

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird auf folgende Werke Bezug genommen:

Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 27. Auflage, Berlin 2017.

Kirchner, Hildebert (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin etc. 2018.

§ 1 Einleitung

I. Der Besitz als Forschungsgegenstand

Der Besitz ist eine Einrichtung, die seit Jahrtausenden besteht:¹ Sofern er an tatsächliche Sachherrschaft anknüpft, ist der Besitz sogar ein vorrechtlicher Zustand, welcher der normativen Konkretisierung des Eigentums vorausgeht. In der gegenwärtigen Rechtsordnung kann der Besitz als nichts weniger als der Mittelpunkt des äußeren menschlichen Gemeinschaftslebens und als zentraler Bezugspunkt im Rechtsverkehr bezeichnet werden. Dabei erfüllt er unterschiedlichste Funktionen. So ist der Besitz Voraussetzung für den Erwerb dinglicher Rechte, soweit nicht im gegenwärtigen Recht Registereintragungen diese Funktion übernommen haben. Er macht die güterrechtliche Zuordnung nach außen hin sichtbar und erleichtert im Prozess ihren Beweis. Der Besitzer wird darüber hinaus, und darauf ist die vorliegende Arbeit fokussiert, unabhängig vom Bestehen eines Besitzrechts gegen den Verlust des Besitzes und gegen Beeinträchtigungen seiner Ausübung geschützt.

Angesichts seines hohen Stellenwerts und der Diversität seiner Funktionen gilt das Gebiet des Besitzes in der Rechtswissenschaft indes auch als „ein so gründlich Durchhackertes, dass es ein verzweifelttes Unternehmen scheint, auf eine Scholle stoßen zu wollen, die nicht schon mehrfach hin- und hergeworfen wurde“.² *Rudolf von Jhering* kritisierte in diesem Zusammenhang einst, der Besitz sei die „Wolluste unter den Rechtsinstituten“, „weich und biegsam“, und für den Juristen, der wissenschaftlich sonst nicht viel zustande bringe, der „bequemste Ablagerungsplatz für seine ungesunden Ideen“.³ Die Ziele einer wissenschaftlichen Arbeit, die sich eingehend mit dem Schutz des Besitzes auseinandersetzt, bedürfen insofern weiterer Erläuterungen.⁴

¹ Die Zuordnung von Sachen zu einer menschlichen Herrschaftssphäre dürfte schon in der Steinzeit erfolgt sein. Forschungen zufolge definierten sich Männer bereits im frühen Neolithikum vor 7000 Jahren über ihren Besitz. Eine ordentliche Steinaxt nahm man bis ins Grab mit, *Bentley/Bickle/Fibiger u. a.*, PNAS 109 (2012), 9326–9330.

² *Güller*, Unfreiwilliger Besitzesverlust, S. 1. Die Aussage entstammt den 1920er Jahren, trifft heute also umso mehr zu.

³ *V. Jhering*, Besitzwille, S. 284 f.

⁴ Der Schutz eines faktischen Zustands, unabhängig von einem subjektiven Recht zum Be-

II. Ausgangslage: Der Besitzschutz nach §§ 858 ff. BGB und die Aktualität von Selbsthilfe

Das BGB legt mit § 858 BGB fest, dass, wer den Besitz ohne den Willen des Besitzers und ohne gesetzliche Gestattung entzieht oder stört, verbotene Eigenmacht begeht und widerrechtlich handelt. Der Besitzer darf sich gem. § 859 BGB mit Notwehr oder Selbsthilfe gegen den Täter zur Wehr setzen. Ihm stehen außerdem gem. §§ 861 f. BGB Ansprüche auf Wiederherstellung der ursprünglichen Besitzlage und auf Unterlassung künftiger Störungen zu. Dieses Schutzsystem impliziert etwas offenbar höchst Widersprüchliches: Der Besitz ist grundsätzlich gegen jeden Angriff geschützt, somit auch gegen einen Angriff seitens der Person, der das Recht zum Besitz oder zur Vornahme der Besitzstörung zu steht, § 863 BGB. Dabei wird man noch relativ leicht den Grundsatz akzeptieren können, dass es Aufgabe staatlicher Organe, nicht aber von Privatpersonen sei, ein subjektives Recht durchzusetzen;⁵ als unbegreiflich kann es jedoch durchaus empfunden werden, wenn selbst der Besitz von Dieben – Inbegriff schutzunwürdiger Personen – gegenüber dem wahren Berechtigten geschützt wird.

Hinzu kommt, dass seit der Verankerung der entsprechenden Normen im BGB knapp 120 Jahre mit beträchtlichen gesellschaftlichen Änderungen verstrichen sind.⁶ Mittlerweile dürfte in der Bevölkerung vollends das Bewusstsein verbreitet sein, dass der einzig zulässige Weg zur Wahrung von Rechten der Gerichtsprozess ist. Auch die praktische Wirksamkeit der staatlichen Rechtsschutzaktivitäten ist trotz teilweise steigender Prozessdauer in Deutschland eindeutig feststellbar. Insofern mag es fragwürdig erscheinen, ob der Besitzschutz zur Zurückdrängung eines etwaigen „Faustrechts“ in der modernen rechtsstaatlichen Gesellschaft noch relevant ist.

In den 1980er Jahren sah sich bereits *Wolfgang Schönemann* angesichts zeitgenössischer Entwicklungen veranlasst, die Frage nach der Aktualität von Selbsthilfe aufzuwerfen, und er kam zu dem Ergebnis, dass das Thema keineswegs er-

sitz, ist im Zivilrecht historisch gewachsen; seine Begründung wurde bereits vor Erlass des BGB eingehend juristisch behandelt. Vor allem im 19. Jahrhundert gab es hierzu eine lebhaft Diskussion, wobei diese primär auf eine dogmatische Rückführung auf die römischen Interdikte rekurrierte, siehe die Werke von *v. Jhering*, Über den Grund des Besitzesschutzes, und *v. Savigny*, Das Recht des Besitzes.

⁵ Auch die heute unter dem Begriff *Alternative Dispute Resolutions* zusammengefassten alternativen Wege der Streitbeilegung münden letztlich allesamt in einem staatlichen Vollstreckungsverfahren, vgl. unter anderem § 1060 ZPO.

⁶ So wurden mittlerweile die monarchischen Privilegien abgeschafft und ein effektives Rechtsschutzsystem mit gleichem Zugang für alle etabliert sowie über das Grundgesetz verfassungsrechtlich abgesichert.

ledigt sei.⁷ In einem der damaligen Beispielsfälle holte eine Hamburger Reederei in einer „Nacht- und Nebel-Aktion“ ein von ihr verchartertes Schiff aus einem ausländischen Hafen zurück, weil der Vertragspartner keine Zahlungen leistete. In einem anderen Fall unternahmen es Lieferanten einer in Konkurs gefallenen Supermarkt-Kette, Warenbestände aus dem Lager des Schuldners in das eigene zu bringen.

Auch die aktuelle Rechtsprechung der letzten Jahre lässt darauf schließen, dass sich das Phänomen der verbotenen Eigenmacht fortsetzt. In den zugrunde liegenden Sachverhalten werden eigenmächtig Zäune oder Grenzbauten errichtet⁸ oder von Vermietern gegen den Widerstand der Mieter Sanierungsmaßnahmen an Wohnungen vorgenommen⁹; auf Baustellen sichern sich Auftraggeber eigenmächtig die vom Unternehmer eingebrachten Baumaterialien zur Verwirklichung vermeintlicher Rechte¹⁰. Insgesamt ist als signifikante Entwicklung in modernen Wirtschaftsstrukturen festzustellen, dass Eigentum und unmittelbarer Besitz immer häufiger auseinander fallen. Laut des Bundesverbands Deutscher Leasing-Unternehmen sind im Jahr 2018 wertmäßig fast ein Viertel aller neuen mobilen Investitionsgüter in Deutschland geleast worden – die Tendenz ist steigend.¹¹ Fragen der Berechtigung hängen somit immer mehr von (strittigen) Verträgen ab; die eingegangenen wirtschaftlichen Risiken können ihrerseits wiederum zu Eigenmacht verleiten.

III. Problemstellung und daraus resultierende Zielsetzung der Arbeit

All dies ist Anlass, sich erneut mit dem Schutz des Besitzes auseinanderzusetzen – und zwar unter Zuspitzung auf das Problem des petitorisch berechtigten Täters verbotener Eigenmacht. In dieser Konstellation entsteht die im BGB wohl einzigartige Möglichkeit des Erlasses sich widersprechender Entscheidungen: Der Besitzer hat einen Anspruch auf Herausgabe der Sache oder auf Beseitigung und Unterlassung der Störung, gegen den der Anspruchsgegner gem. § 863 BGB ein

⁷ *Schünemann*, Selbsthilfe, S. 4 ff., mit einer Auswertung diverser Zeitungsartikel zu dem Thema, in denen er nur „die Spitze des Eisbergs“ sah.

⁸ OLG Karlsruhe ZMR 2017, 660–663.

⁹ LG Berlin ZMR 2013, 113–114; LG Berlin NJW-RR 2015, 14 (14).

¹⁰ OLG Stuttgart NJW 2012, 625–630.

¹¹ <https://jahresbericht.leasingverband.de/leasing-markt-und-umfeld/marktbericht-2018/> (zuletzt abgerufen am 22.09.2019). Aktuell werden außerdem rund 75 % aller Pkw-Neuzulassungen in Deutschland über Leasing- und Finanzierungsmodelle auf die Straße gebracht, siehe Automobilbanken-Studie 2019 des Arbeitskreises der Banken der Automobilwirtschaft, abrufbar unter <https://www.autobanken.de/publikationen> (zuletzt abgerufen am 22.09.2019).

Recht zum Besitz nicht als Einwendung geltend machen darf; der Gegner kann aber jederzeit die Herausgabe der Sache aufgrund eines Besitzrechts oder die Duldung der Störung aufgrund eines Rechts zur Vornahme der Störung einklagen und somit einen diametral entgegengesetzten Titel erreichen. In welchem Verhältnis die Ansprüche zueinander stehen, regelt § 864 II BGB nur teilweise: Der Besitzschutzanspruch erlischt, wenn das Recht des Beklagten nach Begehung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist. Dass gerichtliche Entscheidungen nicht nur als Urteil ergehen und sie zudem vor Rechtskraft vollstreckbar sein können, ferner verbotene Eigenmacht auch nach Erlass einer das Besitzrecht bestätigenden Entscheidung begangen werden kann, liegt auf der Hand. § 864 II BGB führt also zwar geradewegs ins Prozessrecht, verliert dessen Vielgestaltigkeit dann aber – scheinbar – aus dem Blick. Es bleibt die große Frage, wann das Gesetz dem Besitzschutzanspruch den (vorübergehenden) Vorrang gegenüber dem Besitzrecht einräumt und ein Hin und Her an Leistungen und Vollstreckungen in Kauf nimmt und in welchen Fällen dieses durchaus prozessunökonomische Phänomen einer Korrektur bedarf.

Trotz der zahlreichen Schriften, die sich dem Besitz widmen, fehlt es an einer Gesamtdarstellung des Spannungsfeldes zwischen unberechtigtem Besitzer und berechtigtem Täter verbotener Eigenmacht, insbesondere hinsichtlich der zivilprozessualen und vollstreckungsrechtlichen Folgeprobleme.¹² Entscheidungsbesprechungen fristen ein Kümmerdasein, in Kommentaren findet sich meist nur eine Darstellung von Einzelproblemen. Am geläufigsten dürfte dabei noch das Problem der Behandlung einer sog. petitorischen Widerklage sein. Insgesamt zeigt sich innerhalb der Rechtsprechung und herrschenden Lehre der letzten Jahrzehnte eine deutliche Tendenz, über Analogien oder die Herausbildung eines „allgemeinen Rechtsgedankens“ die Rechtsfolge des § 864 II BGB zugunsten prozessökonomischer Ergebnisse unter Zurückdrängung des Besitzschutzanspruchs zu erzielen, um ein Hin und Her der Anspruchsvollstreckung zu vermeiden. Dogmatische Details werden dabei überaus uneinheitlich behandelt. Sowohl für den Besitzschutz begehrenden Anspruchsteller als auch für den sein Besitzrecht geltend machenden Täter verbotener Eigenmacht herrscht mitunter große Rechtsunsicherheit.

¹² Neuere Auseinandersetzungen finden sich bei *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz (Habilitation, 2003), und *Müller*, Besitzschutz in Europa (Dissertation, 2010). *Sosnitza* beschäftigt sich allerdings nur in einem eingeschränkten Umfang mit dem possessorischen Besitzschutz, entwickelt darüber hinaus noch Lösungen zu bereicherungsrechtlichen, deliktischen, vollstreckungsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Fragestellungen zum Besitz. *Müller* unternimmt eine rechtsvergleichende Analyse des Besitzschutzes für Deutschland, Österreich, Schweiz, Frankreich, Italien und England mit anschließendem Transfer auf ein potentielles europäisches Besitzschutzrecht, geht dabei aber – dem eher darstellenden Charakter der Arbeit geschuldet – hinsichtlich der genaueren dogmatischen Probleme des possessorischen Schutzes im BGB nicht in die Tiefe.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, das Spannungsverhältnis zwischen dem Besitzschutz und dem Recht des Täters verbotener Eigenmacht in allen Ausprägungen darzustellen und möglichst interessengerecht aufzulösen. Über eine sorgsame rechtsdogmatische Durchdringung der materiellen Normen, insbesondere unter Ergründung der Vorstellungen des historischen Gesetzgebers, soll im Ergebnis Handlungssicherheit *de lege lata* geschaffen werden.

Die Auseinandersetzung mit dem Thema ist schließlich nicht nur dogmatisch, sondern auch rechtspolitisch relevant, da sie – die Ablehnung verbotener Eigenmacht als Konsens unterstellt – auf die grundlegende Problemstellung hinausläuft, wie gesellschaftlicher Frieden zu sichern ist. Die vorliegende Arbeit fragt auch grundsätzlich danach, ob beziehungsweise inwieweit die heutigen Normen zu dogmatischen Widersprüchen führen oder den Bedürfnissen der Praxis nicht mehr gerecht werden. In diesem Zusammenhang kann das Augenmerk auf eine *lex ferenda* gelegt werden. Es sollen Überlegungen zu der Frage erfolgen, welche Normen innerhalb des BGB modifiziert werden könnten oder wie der Zweck des Besitzschutzes außerhalb materiellrechtlicher Ansprüche verwirklicht werden könnte. Unter Berücksichtigung des Strebens nach Privatrechtsharmonisierung innerhalb der Europäischen Union soll zudem aufgezeigt werden, in welchem Umfang und mit welchen Mitteln der Besitz in anderen europäischen Rechtsordnungen geschützt wird und welche Vorstellungen bereits für einen gemeinsamen europäischen Besitzschutz geäußert wurden – stets unter dem Aspekt der Konfliktbewältigung zwischen nichtberechtigtem Besitzer und berechtigtem Störer.

Eine Diskussion des Besitzbegriffs und der Rechtsnatur des Besitzes ist zwar eine wichtige Voraussetzung für eine Untersuchung des Besitzschutzes, kann im Rahmen dieser Arbeit aber nicht in detaillierter Weise verfolgt werden. Vielmehr soll gezeigt werden, dass eine Erörterung der Begründung des Besitzschutzes erst Aufschluss gibt über Möglichkeiten und Grenzen eines allgemeingültigen rechtlichen Besitzbegriffs: Der Besitzschutz eröffnet den Horizont für ein Verständnis des Besitzbegriffs und der Rechtsnatur des Besitzes.

IV. Methodische Vorüberlegung

1. Der Besitz: Möglichkeit einer Begriffsbestimmung?

Wenn es um den Besitzschutz geht, kommt man nicht umhin, sich damit zu befassen, was unter dem Begriff des Besitzes überhaupt verstanden wird. Als lebensweltliches Phänomen kann Besitz im weitesten Sinne als Näheverhältnis von Lebewesen zu belebten oder unbelebten Objekten verstanden werden. In diesem Sinne besitzt jeder Mensch einen Teil seiner Umwelt. Mit der Betrachtung

tung und Kategorisierung eines solchen vorrechtlichen Zustands sind notwendig Zuschreibungen verbunden, die wertende und zuordnende Elemente enthalten. Damit ist ein erster Schritt zur Verrechtlichung vollzogen. In seiner elementarsten Form stellt sich die Frage: „Wer darf was besitzen?“ Die Frage nach den Möglichkeiten eines Besitzschutzes ist der vorstehenden Frage inhärent oder zumindest eine logische Folge.

Als unumgänglicher Ausgangspunkt der sachenrechtlichen Verhältnisse¹³ erfährt der Besitz seine Verortung im 1. Abschnitt des 3. Buchs des BGB. Nach einer Definition des Besitzes sucht man dort aber vergeblich. Der Gesetzgeber zweifelte an der Möglichkeit einer exakten und unmissverständlichen gesetzlichen Festlegung des Begriffs.¹⁴ Die herrschende Auffassung geht heute von den Regelungen über Erwerb und Verlust des Besitzes gem. §§ 854, 856 BGB aus und schließt hieraus, dass unmittelbarer Besitz tatsächliche Sachherrschaft erfordert.

Friedrich Carl von Savigny definierte den Besitz einer Sache sehr plastisch als einen Zustand, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich sei, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden könne. So besitze der Schiffer sein Schiff, aber nicht das Wasser, auf welchem er fahre, obgleich er sich beider zu seinen Zwecken bediene.¹⁵ Dieses einleuchtende Beispiel bezieht sich freilich auf einen eher einfachen Lebenssachverhalt. In der zunehmenden Komplexität der Lebensverhältnisse wird unter Geltung des BGB teilweise auch eine vermehrte Vergeistigung des Besitzes festgestellt. Die faktische Beziehung zu einer Sache als Erfordernis des Besitzes werde zugunsten einer mehr und mehr von rechtlichen Elementen beherrschten Beziehung gelockert.¹⁶ Die verschiedenen Erscheinungsformen des Besitzes belegten geradezu eine Stufenleiter der Vergeistigung; sie führe vom unmittelbaren Besitz, bei dem die tatsächliche Beziehung am stärksten sei, über die Besitzdienerschaft und über den mittelbaren Besitz zum (fiktiven) Besitz des Erben.

¹³ Dies gilt jedenfalls, solange nicht aufgrund der zunehmenden Bedeutung von Daten (stichwortartig Big Data, Industrie 4.0, Internet of Things) das Sachenrecht eine gänzlich neue Gestaltung erfährt. Daten sind keine Sachen nach § 90 BGB und erfahren daher bislang keinen Schutz durch die sachenrechtlichen Institute des Besitzes und des Eigentums. Für die Zukunft erscheint es nicht undenkbar, dass sowohl die wirtschaftliche als auch die soziale Bedeutung tatsächlicher Sachherrschaft abnimmt. Siehe zur Diskussion um die Schaffung eines Sachenrechts der Daten *Markendorf*, ZD 2018, 409–413; *Steinrötter*, MMR 2017, 731–736. Zur Möglichkeit eines zivilrechtlichen „Datenbesitzes“ siehe *Hoeren*, MMR 2019, 5–8.

¹⁴ Aus Gründen der Praktikabilität sollte das BGB lediglich nähere Bestimmungen über Erwerb, Fortsetzung und Ende des Besitzes beinhalten, siehe Motive, Band III, S. 80 = *Mugdan*, Band III, S. 44.

¹⁵ *V. Savigny*, Recht des Besitzes, S. 26.

¹⁶ *Stadler*, in: *Soergel*, BGB, Vor § 854 Rn. 5.

Mehrheitlich wird indes die Suche nach einer klaren Begriffsbestimmung des Besitzes als methodisch problematischer Ausgangspunkt angesehen. Der adäquatere Ansatz sei es, in Zweifelsfällen den tatsächlichen Zustand darauf hin zu prüfen, ob er des Besitzschutzes nach allen Richtungen, in denen dieser gilt, würdig sei.¹⁷ Für das Verständnis des Besitzes sei folglich weniger sein Wesen als seine Funktion wichtig. Diese Auffassung liegt auch dieser Arbeit zugrunde. Die vorzunehmende Überprüfung, welche Besitzformen dem im BGB verankerten possessorischen Schutz aus welchen Gründen unterfallen, dient letztlich der Konkretisierung des Besitzbegriffs.

2. Terminologie: Possessorische und petitorische Ansprüche

Der Schutz der §§ 858 ff. BGB, der sich allein auf die Tatsache des Besitzes gründet, wird „possessorischer Besitzschutz“ genannt. § 861 und § 862 BGB werden im Folgenden als „possessorische Ansprüche“ bezeichnet. Die Terminologie folgt aus den römisch-rechtlichen Wurzeln des Besitzschutzes: Die *possessio*, die in Rom die reine Innehabung von Grund und Boden in Abgrenzung zum privaten Eigentum bedeutete, wurde schon damals ohne Berücksichtigung eines Rechts zum Besitz geschützt.¹⁸ Auch das gemeine Recht und die deutschen partikularstaatlichen Kodifikationen übernahmen die Terminologie: Mit dem sog. *possessorium* war der Besitzschutzprozess gemeint.¹⁹ Die Verwendung des Begriffs ist auch heute nicht unüblich.²⁰

Im Gegensatz zum possessorischen Anspruch bezieht sich der sog. „petitorische Anspruch“ auf ein (endgültiges) Recht zum Besitz. Als sog. *petitorium* wurde im römischen Recht die gerichtliche Klage wegen des Rechts an einer Sache bezeichnet. Heute gelten §§ 985, 1007, 2018 BGB als klassische petitorische Ansprüche.²¹ Insbesondere § 1007 BGB wird in Abgrenzung zum possessorischen Besitzschutzanspruch und ungeachtet seiner gesetzlichen Verortung bei den „Ansprüchen aus dem Eigentum“ als sog. petitorischer Besitzschutzanspruch bezeichnet, da er an den früheren Besitz anknüpft.²² Nach § 1007 III BGB i. V. m.

¹⁷ Brodmann, in: Planck, BGB, Vor § 854 sub 3; Heck, Sachenrecht, § 3.2 = S. 11; Joost, in: MüKo-BGB, Vor § 854 Rn. 2; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, § 8, Rn. 2 = S. 90; Wieling, Sachenrecht I, § 3 I a = S. 122. Siehe im Übrigen die ähnlichen Überlegungen des Gesetzgebers, Protokolle, Band III, S. 28 = Mugdan, Band III, S. 502.

¹⁸ Dedek, ZEuP 1997, 342 (346); Köbler, Juristisches Wörterbuch, s. unter „possessio“, S. 335.

¹⁹ Siehe dazu unter § 2 I.4.

²⁰ Siehe H. Schmidt, NZM 2015, 553 (555); Schneider, MDR 1998, 21 (23); Smid, JuS 1982, 892 (892 f.).

²¹ Reich/Schmitz, Grundlagen, S. 367.

²² Ausführlich Wilhelm, Sachenrecht, Rn. 530 = S. 318 f.

§ 986 BGB kann einem Herausgabeanspruch, wie dem aus § 985 BGB, jedoch jedes bessere Recht zum Besitz als Einwendung entgegengehalten werden. Wenn im Rahmen dieser Arbeit von petitorischen Ansprüchen, petitorischen Einwendungen oder von der petitorischen Widerklage die Rede ist, so beziehen sich auch diese Termini nicht nur auf die Geltendmachung dinglicher, sondern auch obligatorischer Rechte.²³

3. Das Verhältnis des Zivilverfahrensrechts und der Zwangsvollstreckung zum materiellen Recht

Der possessorische Besitzschutz und sein Verhältnis zum Besitzrecht betreffen die ebenso interessante wie konflikträchtige Schnittstelle zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht. Es stellt sich die Frage, wie sich zwei berechnigte, aber diametrale Klagebegehren, nämlich der possessorische und der petitorische Anspruch, miteinander in Einklang bringen lassen. Spätestens bei der Zwangsvollstreckung kommt es dabei „zum Schwur“. Dass der Besitzschutz lediglich auf eine vorläufige, das Recht zum Besitz dagegen auf eine endgültige Regelung der Besitzverhältnisse zielt, hilft bei der Lösung nur wenig, da der Gesetzgeber keine besonderen Verfahrensvorschriften für den Besitzschutz vorgesehen hat und das „normale“ Prozessrecht – wie im Folgenden aufgezeigt wird – den Besonderheiten des Gegeneinanders von possessorischem Besitzschutz und petitorischem Recht nur schwerlich gerecht wird. Insbesondere dann, wenn das materielle Recht keine ausdrückliche Regelung vorgibt, erscheint es vom Grundsatz der Prozessökonomie her durchaus „praktisch“, dem Anspruch zum Erfolg zu verhelfen, welcher sich letztlich ohnehin durchsetzen soll. Die ganz herrschende Meinung bejaht deswegen zum Beispiel die Zulässigkeit einer petitorischen Widerklage und weist sodann die Besitzschutzklage als unbegründet ab. Die für diese Arbeit relevante Problemstellung beinhaltet somit auch die grundsätzliche Frage, in welchem Verhältnis materielles Recht und Prozessrecht zueinander stehen. Als Ausgangspunkt dienen dabei folgende Grundgedanken:

Das materielle Zivilrecht beinhaltet Regelungen der Bürger zueinander „auf der Grundlage ihrer Gleichberechtigung und Selbstbestimmung“²⁴ und hat die Entstehung sowie den Inhalt von Rechtsverhältnissen und den Erwerb subjektiver Rechte zum Gegenstand. Das Verfahrensrecht bezweckt dagegen, das aus

²³ In Rechtswörterbüchern ist der „petitorische Anspruch“ nur als der aus dem Eigentum stammende definiert, *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, s. unter „Anspruch“, S. 22; die extensive Verwendung des Begriffs in Bezug auf jedes dingliche oder obligatorische Recht ist aber in Lehrbüchern üblich, siehe die Verwendung bei *Wieling*, Sachenrecht I, § 5 IV 3 a = S. 207. Erläuterungen zu den Begriffen auch bei *Gutzeit*, in: Staudinger, BGB, § 861 Rn. 1.

²⁴ *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, S. 1.

dem Zivilrecht resultierende Recht des Einzelnen auszubedingen und durchzusetzen.²⁵ Da dies unter Mithilfe hoheitlich handelnder Staatsorgane geschieht, ist das Verfahrensrecht als ein Teilgebiet des öffentlichen Rechts einzuordnen. Die unterschiedliche Zuordnung zu den zwei großen Rechtsgebieten gebietet in der Folge, das Zivilverfahrensrecht als selbständig und nicht als ein bloßes „Anhängsel“ des materiellen Rechts anzusehen.²⁶ In diesem Sinne lässt sich von einer öffentlich-rechtlichen Perspektive aus sagen, dass der Zivilprozess den objektiven Zielen der Rechtsbewahrung und der Herstellung des Rechtsfriedens dient.²⁷ Dies lässt sich allerdings bereits aus dem Verbot der Selbsthilfe herleiten. Wer im Prozess nur eine Einrichtung zur Friedenswahrung sieht, der erwartet von ihm nicht mehr als das, was letztlich auch eine administrative Anordnung zu leisten vermag.²⁸ Die heute herrschende Auffassung betont deshalb zutreffend, dass das Zivilprozessrecht kein sich selbst genügendes „l'art pour l'art“²⁹ ist, sondern der konkreten Verwirklichung subjektiver materieller Rechte dient.³⁰ Gemeinhin ist deshalb auch vom „dienenden Charakter“ des Verfahrensrechts die Rede.³¹ In

²⁵ Diese Denkweise war nicht immer vorherrschend. Insbesondere im Rahmen der römisch-rechtlichen *actiones* wurden die individuellen Rechte eher von den Klagerechten und nicht so sehr von der Rechtsordnung her bestimmt. Demjenigen, der mit Aussicht auf Erfolg klagen konnte, stand unausgesprochen auch ein Recht zur Seite, siehe ausführlich *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, S. 36 ff. Auch die Besitzschutzklagen im römischen Recht entsprachen dieser Vorstellung, siehe sogleich unter § 2 I.1.

²⁶ *Rauscher*, in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 29. Dies ist historisch auch der Tatsache geschuldet, dass die Kodifizierung der bestehenden ZPO (seit 1879 in Kraft) länger zurückliegt als die des BGB (seit 1900 in Kraft). Legislativ wurden viele Begrifflichkeiten, die in beiden Gesetzen verwendet werden, nur mangelhaft abgestimmt und sie sind bis heute unterschiedlich zu beurteilen. Prominentestes Beispiel ist wohl der materiellrechtliche und der zivilprozessuale „Anspruch“ (§ 194 BGB und § 322 ZPO). Gleiches gilt für das Anerkenntnis und den Verzicht, siehe *Säcker*, in: MüKo-BGB, Einleitung Rn. 7.

²⁷ *Lüke*, Beteiligung Dritter, S. 238; v. *Mettenheim*, Der Grundsatz der Prozeßökonomie, S. 19.

²⁸ *Gaul*, AcP 168 (1968), 27 (59).

²⁹ Formulierung bei *Säcker*, in: MüKo-BGB, Einleitung Rn. 8.

³⁰ BGH NJW 1992, 438 (439); *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, S. 64; *Lüke*, Beteiligung Dritter, S. 238; *Musielak*, in: Musielak/Voit, ZPO, Einleitung Rn. 5; *Rauscher*, in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 8; *Säcker*, in: MüKo-BGB, Einleitung Rn. 8; a.A.: *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, S. 11, der den Zweck in der Beilegung eines Rechtsstreits unabhängig von bestehenden objektiven Rechten sieht. Die bekannte Äußerung von *Stein*, Grundriß des Zivilprozessrechts, Vorwort, S. XIV, der Prozess sei für ihn das „technische Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar“, steht dem Gedanken des Schutzes subjektiver Rechte dagegen nicht fern, da *Stein* das Prozessrecht dem Prinzip materieller Gerechtigkeit unterworfen sehen will. Differenzierend *Stürmer*, in: FS Henckel zum 90. Geburtstag, S. 360 (361 ff.).

³¹ BVerfGE 42, 64 (73); BGH NJW 1992, 438 (439); *Rauscher*, in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 27; *K. Schmidt*, in: FS Schumann, S. 405 (405); a.A.: *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140 (149 ff.).

Fällen, in denen das Verfahrensrecht dem materiellen Recht rein prozedural zur Geltung verhelfen soll, indem es mit Regelungen hinsichtlich des Prozessgangs aufwartet, muss es sich den materiellen Wertungen unterwerfen. Dies gilt auch für die Zwangsvollstreckung. Diese ist zwar vom Erkenntnisverfahren getrennt und – gemäß dem sog. Formalisierungsprinzip – an äußerlich erkennbare Tatbestände gebunden, sodass die mit der Vollstreckung betrauten besonderen Rechtspflegeorgane das materielle Recht grundsätzlich nicht unmittelbar zur Grundlage der Maßnahmen machen.³² Allerdings existiert schon von Gesetzes wegen eine „Auflockerung der Formalisierung“³³ durch Normen, die das Vollstreckungsorgan dazu verpflichten, materiellrechtliche Merkmale zu beachten.³⁴ Dies belegt, dass das Formalisierungsprinzip nicht zur Folge hat, dass das materielle Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner völlig vernachlässigt wird.³⁵ Die Vollstreckung ist kein Selbstzweck. Das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner beherrscht als Causa der Vollstreckung vielmehr das gesamte Vollstreckungsverfahren. Im Laufe der Vollstreckung kann es durchaus notwendig werden, an die materiellrechtliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner rückanzuknüpfen – jedenfalls im Rahmen von Vollstreckungsvorschriften, die, wie § 890 ZPO, ohnehin eine wertende Betrachtung des zugrunde liegenden Titels verlangen.

V. Zum Aufbau und Gang der Untersuchung

Die Analyse der Problemstellungen des possessorischen Besitzschutzes beginnt mit einer kurzen Skizzierung der historischen Besitzschutzsysteme, da die heutigen Regelungen des BGB bis auf das römische Recht zurückgehen und die Kenntnis der historischen Entwicklung für ein vertieftes Verständnis heutiger Ansätze unumgänglich ist (§ 2). In einem nächsten Schritt wird eine tragfähige Begründung für einen zivilrechtlichen Besitzschutz diskutiert. Dafür werden sowohl bereits vor Entstehung des BGB entwickelte, prominente Ansätze dargestellt als auch modernere Überlegungen erläutert. Im Mittelpunkt steht dabei die Rückführung eines Begründungsansatzes auf die konkreten, heute geltenden Besitzschutznormen (§ 3). Deren Kernstück bildet der Einwendungsausschluss

³² *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 5, Rn. 39 ff. = S. 82; *Stürner*, ZZP 99 (1986), 291 (315).

³³ *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 5, Rn. 40, 53 = S. 83, 86 f.

³⁴ Ein Beispiel sind §§ 756, 765 ZPO, wonach der materiellrechtliche Annahmeverzug Voraussetzung des Vollstreckungsbeginns für die Zug-um-Zug-Vollstreckung ist.

³⁵ So auch *Stamm*, Prinzipien und Grundstrukturen, S. 61. Ob das Vollstreckungsorgan auch zur Prüfung materieller Rechtsfragen qualifiziert ist, hängt wiederum vom jeweiligen Fall ab.

Register

- actio spolii 16, 18
- actions possessoires 229–232
- ager publicus 14
- animus domini 18, 21, 25, 225,
s.a. Eigenbesitzwille
- Aufrechnungsverbot 87–90

- Beschleunigungszweck
 - de lege lata 74, 76, 90, 195
 - de lege ferenda 238–241, 248, 269
- Besitz
 - als sonstiges Recht 85
 - fehlerhafter s. dort
 - Funktionen 1, 222
 - mittelbarer s. dort
 - Rechtsnatur 5, 27–29
 - als tatsächliche Gewalt 61, 68
- Besitzbegriff
 - des deutschen Rechts 5–7, 61–62
 - des französischen Rechts 229
 - des italienischen Rechts 227
 - des österreichischen Rechts 225
 - des Schweizer Rechts 223
 - des spanischen Rechts 231
 - Historie 18, 21, 26
 - im DCFR 233
- Besitzdiener 26, 61–63
- Besitzentziehung
 - Ansprüche bei Abschaffung des possessori-
schen Besitzschutzes 250–251
 - und petitorische Behaltensverfügung
157–162
 - und petitorische Feststellungsklage 119–
122, 123, 148, 171
 - und petitorische Herausgabeklage 119–
121, 127–129
 - und petitorische Unterlassungsverfügung
163–169
- Besitzstörung
 - Ansprüche bei Abschaffung des possessori-
schen Besitzschutzes 249–250
 - und petitorische Duldungsklage 122–123
 - und petitorische Duldungsverfügung 153,
160, 169
- civil law 221
- Code civil 229
- Code de procédure civile 73–75, 229
- Codice civile 227
- Codice di procedura civile 227
- Código Civil 231
- common law 221

- dolo-agit 71, 116, 216
- Draft Common Frame of Reference 219,
232–235

- Eigenbesitz 14, 23–25
- Eigenbesitzwille 26, 222, 227, 229,
s.a. animus domini
- Eigentumsgrundrecht 212–214
- Eigentumstheorie 30, 35, 37, 41, 58
- Einrede des fehlerhaften Besitzes 14, 16,
244–247, s.a. exceptio vitiosae possessio-
nis
- Einstweiliger Rechtsschutz
 - besondere ermessensgeleitete Maßnah-
men 252–258
 - petitorischer 155–169
 - possessorischer 91–99
 - und Rechtskraft 158–159
- Einstweilige Verfügung
 - als übergeordneter Hoheitsakt 156–158,
160–169
 - und Gestattungswirkung 156, 159–160
 - Verfügungsanspruch 96, 163, 165–169

- Verfügungsgrund 98–100, 163–169
- Einwendungsverbot
 - des deutschen Rechts
 - Historie 73–76
 - Zweck 76–83
 - des französischen Rechts 229–230
 - des italienischen Rechts 227–228
 - des österreichischen Rechts 225–226
 - des römischen Rechts 14
 - des Schweizer Rechts 224
 - des spanischen Rechts 231
 - im DCFR 233–234
- Erbenbesitz 61, 64–65
- Erlöschen des possessorischen Anspruchs
 - bei nicht rechtskräftiger Feststellung des petitorischen Rechts 143–150
 - bei petitorischer einstweiliger Verfügung 155–158
 - bei petitorischer Widerklage 181–183
 - bei rechtskräftiger Feststellung des petitorischen Rechts 103–104
 - bei Rechtsmissbrauch s. dort
 - durch Zeitablauf 57, s.a. zeitliche Grenzen des Besitzschutzes
- Ermessen
 - bei Teilurteilserlass 196–197
 - im Zivilprozessrecht 252
- Ermessensverfügung de lege ferenda 252–258, 263
- exceptio vitiosae possessionis 14–15, 245–247, s.a. Einrede des fehlerhaften Besitzes
- Fahrnisklage 17–18
- Faustrecht 2, 20, 48, 53, 173, s.a. Gewaltmonopol
- fehlerhafter Besitz 56–59, 94, 114, s.a. Einrede des fehlerhaften Besitzes
- Feststellungsklage
 - petitorische 119–122, 123, 148, 171
 - possessorische 246
- Fremdbesitz 14, 19, 21
- Friedenstheorie 34, 36, 41–61, 266
- Gemeines Recht 18, 74, 78, 84, 109, 114
- Germanisches Recht 17–18, 21
- Gewaltmonopol 34, 43, 45–47, 51–61, 101, 105, 246, 259
- Gewere 17–18, 22
- Hausratsverteilung 103, 161, 174–177
- Herausgabeklage
 - petitorische 119–121, 127–129
 - possessorische 3
- Inhabung 24–26, 225, 227, Interdikte 13–15, 19, 26, 88, 265
- Inzidentprüfung des petitorischen Rechts 170–171, 238, 268
- Kanonisches Recht 16–17, 18, 21, 74
- Kill Switch 220
- Kontinuitätstheorie 31, 34, 38–41, 58–61
- Kurzbesitz 68–69
- Ley de Enjuiciamiento Civil 231
- Leistungsklage s. Herausgabeklage
- Materielles Zwischenrecht 92–94
- Mieterschutz 14, 16, 18–22, 28–29, 92
- Mittelbarer Besitz 65–67
- non-cumul 230
- Notwehr 2, 69
- Notwehrrecht des Besitzers 24–25, 42, 47–54, 136–141, 222, 249
- Ökonomische Analyse des Rechts 35–36, 38, 80
- Persönlichkeitstheorie 31–34, 41–46, 266
- Petitorische Behaltensverfügung 157–162
- Petitorische Duldungsklage 122–123
- Petitorische Duldungsverfügung 153, 160, 169
- Petitorische Einrede de lege ferenda 238–241, 255
- Petitorische Feststellungsklage 119–122, 123, 148, 171
- Petitorische Herausgabeklage 119–121, 127–129
- Petitorische Unterlassungsverfügung 163–169
- Petitorische Widerklage 179–208
 - Entscheidungsreife 170, 181–183, 198

- Entwicklung der Rechtsprechung 179–183
- Gebühren 184, 199, 202
- Gerichtsstand 184, 199–200
- im einstweiligen Rechtsschutz 205
- Unzulässigkeit 184–204
- Petitorischer Besitzschutz 7
- Petitorischer Gegenantrag 165, 171, 205–207
- petitorium absorbet possessorium 104, 109–116, 145, 224
- Pfändung, siehe Selbstpfändung
- possessio 7, 13–14, 18
- Possessorischer Besitzschutz
 - Abschaffung 248, 249–251, 262
 - Historie 13–26
- possessorium ordinarium 19, 73
- Prävention s.a. Sanktion
 - im Zivilrecht 61, 77–83
 - im Strafrecht 77–78, 258
- Präventionszweck der Besitzschutznormen 76–77, 83–91, 266–267
- Preußisches Allgemeines Landrecht 19
- Prozessökonomie
 - im Besitzschutzrecht 116, 118, 135
 - im Verfahrensrecht 116–118
- Pseudo-Isidor 16

- Rechtsbesitz 19, 223, 225, 229, 231
- Rechtskraftefordernis der petitorischen Entscheidung
 - de lege lata 114–116, 145–150
 - Modifikation de lege ferenda 237–240
 - und zeitliche Abfolge 104–105, 136–141
- Rechtsmissbrauch
 - Erlöschen der Besitzschutzansprüche 209, 216
 - und Wirkung der Grundrechte 209–213
- référé-Verfahren 230–232

- Sanktion s.a. Prävention
 - im Strafrecht 77–78, 258–261
 - im Zivilrecht 78–81
- Schadensersatz 19, 21, 25, 84–87, 148
- Selbsthilfe
 - s.a. Strafbarkeit von
 - als gesellschaftliches Problem 2–3, 219–220
 - Bekämpfung durch Besitzschutz 9, 34, 49, 60, s.a. Faustrecht
 - des Besitzers 48–55
 - erlaubte 213
 - technisierte 220
 - Selbstpfändung 90, 103, 177–178
 - Sicherheitsleistung 100, 147, 160, 241, 248, 267
 - Sofortige Durchsetzbarkeit des petitorischen Rechts 123–135, 236–237
 - spoliatus ante omnia est restituendus
 - im gemeinen Recht 74
 - im kanonischen Recht 16, 88
 - im romanischen Recht 227, 232
 - de lege ferenda 42–244, 256, 262, 269
 - Strafbarkeit von Selbsthilfe
 - de lege ferenda 259–261
 - historisch 258
 - im italienischen Recht 228
 - im Schweizer Recht 225
 - im spanischen Recht 231
 - summariissimum 20–21, 73, 92, 97
- Teilurteil
 - bei Widerklage 195
 - Widerspruchsverbot 195
- Teilurteilslösung der Rechtsprechung
 - Entwicklung 181–182
 - Kostenentscheidung 198
 - prozessuale Privilegien 199
- Verbotene Eigenmacht
 - im DCFR 233
 - im deutschen Recht 2, 23
 - im Schweizer Recht 223
- Verfassungsgemäßheit des Selbsthilferechts 49–54
- Verfügungsanspruch s. Einstweilige Verfügung
- Verfügungsgrund s. Einstweilige Verfügung
- Vollstreckungsgegenklage 124–125, 134–135, 151, 182, 197
- Vollstreckungsrechtliches Patt 107, 141–143, 248
- Vollstreckungsschutz
 - s.a. sofortige Durchsetzbarkeit des petitorischen Rechts
 - Umgehung 105–106, 123–135

- und staatliches Gewaltmonopol 45–46, 106
- Vorläufige Vollstreckbarkeit
 - der petitorischen Entscheidung 145–148, 151
 - ohne Sicherheitsleistung 100
 - Schaden 147
- Widerklage
 - Funktion 184–185, 201–204
 - petitorische Widerklage s. dort
 - Zusammenhang 185–186
- Zeitliche Grenzen des Besitzschutzes 54, 57
- Zurückbehaltungsrechte 103, 173–174
- Zwangsvollstreckung
 - bei petitorischem Duldungstitel 141–145
 - Sicherheitsleistung s. dort
 - und Schutz des staatlichen Gewaltmonopols 46, 105–107
 - Verhältnis zum materiellen Recht 10
- Zweck des Besitzschutzes
 - Eigentumstheorie s. dort
 - Friedenstheorie s. dort
 - im gemeinen Recht 18–20, 21–22
 - im germanischen Recht 18, 21–22
 - im gesamteuropäischen Recht 223
 - im kanonischen Recht 16–17, 21–22
 - im römischen Recht 14–15, 21–22
 - Kontinuitätstheorie s. dort
 - Ökonomische Analyse des Rechts s. dort
 - Persönlichkeitstheorie s. dort
 - Zusammenfassung 60–61