

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 11

Die Besitzrechtsklage  
Klagegrundlage und Praktikabilität

Eine Untersuchung zum deutschen und schweizerischen Recht

Von

Dr. Bernd Hörer



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**BERND HÖRER**

**Die Besitzrechtsklage — Klagegrundlage und Praktikabilität**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 11**

# Die Besitzrechtsklage Klagegrundlage und Praktikabilität

Eine Untersuchung zum deutschen und schweizerischen Recht

Von

Dr. Bernd Hörer



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten  
© 1974 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1974 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 03069 9

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Einleitung</b> .....	11
Die Aufgabestellung der Arbeit .....	13

## *Erster Abschnitt*

### **Das deutsche Recht**

#### 1. Kapitel

<i>Die Klagegrundlage in der Entstehungsgeschichte des § 1007 BGB</i> ....	17
I. Die Motive der Ersten Kommission zum Ersten Entwurf .....	17
Würdigung .....	21
II. Die Protokolle der Zweiten Kommission zum Ersten Entwurf ...	21
Würdigung .....	23
1. Analyse des Wortlauts des Antrags 3 zu § 945 E I .....	23
2. Analyse der Erwägungen der Zweiten Kommission im Hin- blick auf die Klagegrundlage .....	25
III. Das Preußische ALR .....	29
Würdigung .....	30
IV. Die Denkschrift zum Sachenrecht .....	30
Würdigung .....	31
Zusammenfassung des 1. Kapitels .....	31

#### 2. Kapitel

<i>Die Klagegrundlage in der Literatur zu § 1007 BGB</i> .....	32
I. Die Auffassung von Crome .....	32
Würdigung .....	33
II. Die übrigen Autoren .....	34
1. Gruppe .....	35
2. Gruppe .....	35
Würdigung .....	35
3. Gruppe — Diederichsen .....	38
Würdigung .....	39

4. Gruppe — Wolff-Raiser .....	40
Würdigung .....	41
5. Gruppe — Otto v. Gierke .....	42
Würdigung .....	44
6. Gruppe .....	45
a) Heck, Westermann .....	46
Würdigung .....	47
b) übrige Autoren .....	47
7. Gruppe — Henle .....	48
Würdigung .....	49
Zusammenfassung des 2. Kapitels .....	50
<i>Gesamtergebnis für das deutsche Recht</i> .....	51

## Zweiter Abschnitt

### Das schweizerische Recht

#### 1. Kapitel

<i>Die Besitzrechtsklage im System des schweizerischen ZGB</i> .....	52
--	----

#### 2. Kapitel

<i>Die Klagegrundlage in der Entstehungsgeschichte der Art. 934 - 936 ZGB</i> .....	55
---	----

I. Die Auffassung Eugen Hubers .....	55
--------------------------------------	----

1. Seine „Erläuterungen“ .....	55
--------------------------------	----

2. Art. 205 - 208 alt. OR .....	56
---------------------------------	----

Würdigung .....	57
-----------------	----

II. Die Botschaft des Bundesrats .....	59
--	----

Zusammenfassung des 2. Kapitels .....	60
---------------------------------------	----

#### 3. Kapitel

<i>Die Klagegrundlage in der Literatur zu Art. 934 - 936 ZGB</i> .....	61
--	----

I. Die Auffassung Wielands .....	61
----------------------------------	----

Würdigung .....	62
-----------------	----

II. Hinderling .....	62
----------------------	----

Würdigung .....	64
-----------------	----

III. Tuor .....	65
-----------------	----

IV. Ostertag .....	65
--------------------	----

Würdigung .....	66
-----------------	----

Inhaltsverzeichnis	7
V. Stark .....	67
Würdigung .....	68
VI. Schmidlin .....	70
Würdigung .....	72
VII. Homberger .....	73
Würdigung .....	74
VIII. Zycha .....	75
Würdigung .....	76
IX. Rusconi .....	77
Würdigung .....	78
Zusammenfassung des 3. Kapitels .....	80
Zwischenergebnis .....	81

*Dritter Abschnitt*

<b>Gegenüberstellung der Vorschriften über die Besitzrechtsklage im deutschen und im schweizerischen Recht</b>	82
--	----

*Vierter Abschnitt*

<b>Die eigene Auffassung vom Klagegrund der Besitzrechtsklage</b>	85
<i>Zusammenfassung</i> .....	100

*Fünfter Abschnitt*

<b>Bemerkungen zur Praktikabilität der Besitzrechtsklage</b>	101
I. Die Sache ist nicht abhanden gekommen .....	101
II. Die Sache ist abhanden gekommen .....	103
<i>Zusammenfassung</i> .....	107

*Sechster Abschnitt*

<b>Rechtspolitischer Ausblick</b>	108
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	109

## **Abkürzungsverzeichnis**

a. a. O.	am angeführten Ort
abh. gek.	abhanden gekommen
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
A. F.	alte Folge
allg.	allgemein
ALR	preußisches Allgemeines Landrecht
Anm.	Anmerkung
aOR	altes schweizerisches Obligationenrecht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Bd.	Band
Bekl.	Beklagter
Bem.	Bemerkung
bew.	beweisen
BFH	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BG	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bösgl.	Bösgläubigkeit
Bürgerl.	bürgerlich
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
Diss.	Dissertation
E I	Erster Entwurf eines BGB
E II	Zweiter Entwurf eines BGB
Einf.	Einführung
eig. Recht z. B.	eigenes Recht zum Besitz
ff.	folgende
Fußn.	Fußnote
fr. Besitz	früherer Besitz
GG	Grundgesetz
insbes.	insbesondere
JherJ.	Jherings Jahrbücher
Kl.	Kläger
Mat.	Materialien zum BGB

Nichtabhandenk.	Nichtabhandenkommen
Nichtber.	Nichtberechtigung
Nichteig.	Nichteigentum
N. F.	Neue Folge
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OR	altes schweizerisches Obligationenrecht
pr.	preußisch
Rdn.	Randnummer
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
S.	Seite
SeuffBl.	Blätter für Rechtsanwendung
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht



## Einleitung

Das schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) weisen trotz mancher Unterschiedlichkeiten in weiten Bereichen ähnliche Regelungen auf<sup>1</sup>. Dies gilt auch im Bereich des Sachenrechts, insbesondere hinsichtlich der sachenrechtlichen Herausgabeklagen.

In beiden Rechtsordnungen kennt man als solche Herausgabeklagen sowohl die *rei vindicatio* als auch die Besitzrechtsklage. Die Bedeutung dieser beiden Klagearten wird aber im deutschen und im schweizerischen Recht verschieden beurteilt: Während man im schweizerischen Recht gemeinhin die Besitzrechtsklage in ihrer Bedeutung über die *rei vindicatio* stellt, führt im deutschen Recht die Besitzrechtsklage neben der *rei vindicatio* ein Schattendasein.

Es wäre nun an sich müßig, die Besitzrechtsklage einer erneuten Betrachtung zu unterziehen, da sie im deutschen Recht wegen ihrer geringen Bedeutung bereits seit einigen Jahrzehnten ausdiskutiert scheint. Man könnte also die angebliche Bevorzugung im schweizerischen Recht hinnehmen und auf sich beruhen lassen.

Jedoch sind gerade in jüngster Zeit im schweizerischen Recht neue Stimmen aufgetaucht, die entgegen der herrschenden Meinung in der Schweiz der Besitzrechtsklage gegenüber der *rei vindicatio* jede Bedeutung absprechen wollen und sie sogar lediglich zu einer Erleichterungsmöglichkeit im Rahmen der *rei vindicatio* herabwerten, wobei sie ihr den eigenständigen Charakter einer Klageart nehmen<sup>2</sup>. Dies gibt Anlaß, auch für das deutsche Recht die Problematik der Besitzrechtsklage wieder aufzurollen. Es ist zu überprüfen, ob dieses neuartige Verständnis der Besitzrechtsklage auch für das deutsche Recht von Bedeutung sein kann.

Außerdem gibt noch ein weiterer Umstand der gegenwärtigen Rechtsentwicklung Anlaß zu neuerlicher Überprüfung, nämlich das Aufkommen der sogenannten Leasing-Verträge<sup>3</sup>. Denn diese begründen obligatori-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Hinderling*, ZBJV 98, S. 4 ff.; *Gmür*, R., Das schw. ZGB vgl. mit dem BGB, S. 20, 112 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Rusconi*, l'action pétitoire . . .

<sup>3</sup> Vgl. hierzu BFH NJW 71, 1151; BFH NJW 70, 1148; *Fink*, Leasing-Handbuch, 2. Aufl.

sche Besitzrechte an beweglichen Sachen, die bislang in der Praxis kaum vorkamen. Da sich möglicherweise gerade hier ein neuer Anwendungsbereich der Besitzrechtsklage ergibt, rechtfertigt sich auch aus diesem Grunde deren erneute Betrachtung.

Es liegt nahe, sich dabei nicht auf eine Einzelbetrachtung der schweizerischen und der deutschen Rechtsordnung zu beschränken, sondern eine Gesamtbetrachtung zu versuchen.

## Die Aufgabestellung der Arbeit

Die Besitzrechtsklage ist im deutschen Recht in § 1007 BGB geregelt, im schweizerischen Recht in den Artikeln 934 - 936 ZGB. Die rei vindicatio findet sich im BGB in § 985, im ZGB in Art. 641 Abs. 2. Das ZGB formuliert die rei vindicatio allerdings nicht so explizit wie das BGB. Dennoch wird die Existenz der rei vindicatio in der Schweiz allgemein anerkannt<sup>4</sup>, wenn auch zum Teil nur in Form einer stillschweigenden Anerkennung<sup>5</sup>.

Dieser Zurücksetzung der rei vindicatio im äußeren Erscheinungsbild des ZGB entspricht es, daß die überwiegende Meinung in der schweizerischen Literatur der Besitzrechtsklage gegenüber der rei vindicatio die größere Bedeutung beimißt<sup>6</sup>. Diese Bevorzugung wird in der Regel auf die Beweisvorteile und Erleichterungen zurückgeführt, die die Besitzrechtsklage gegenüber der rei vindicatio angeblich kennzeichnen. Es wird gesagt, diese lägen darin, daß bei der rei vindicatio der Kläger den vollen Beweis seines Rechts erbringen müsse, was insbesondere bei derivativem Rechtserwerb wegen der sogenannten probatio diabolica schwierig sei. Demgegenüber habe der Kläger bei der Besitzrechtsklage lediglich seinen früheren Besitz nachzuweisen.

Die Situation im deutschen Recht in bezug auf die Beurteilung von § 1007 BGB ist eigenartig:

Die heutige allgemeine Meinung spricht der Vorschrift jede Bedeutung ab<sup>7</sup>. Dies wird allerdings zumeist auf die Fassung allein, die Formulierung der Vorschrift zurückgeführt. Der Grundgedanke der Vorschrift sei an sich klar und einfach, die Formulierung verdunkle ihn aber. Außerdem ist man der Auffassung, die Bestimmung sei in ihrem ureigensten Anwendungsbereich zu eng gefaßt: § 1007 BGB schaffe eine Her-

---

<sup>4</sup> *Meier-Hayoz*, ZGB, Bemerkung zu Art. 641 ZGB; *Leemann*, ZGB, Art. 641, Rdn. 16 ff.

<sup>5</sup> *Tuor*, ZGB, § 82 II d.

<sup>6</sup> Vgl. *Gmür*, a. a. O.; *Simonius*, Züricher Kommentar, Art. 713 Vorbem. Rdn. 11; *Haab*, ZGB, Art. 641 Rdn. 33; *Tuor*, a. a. O., *Wieland*, ZGB Art. 934 Anm. 10; *Stark*, ZGB Vorbem. zu Art. 930 - 937 Rdn. 46, 47.

<sup>7</sup> Vgl. *Staudinger - Berg*, BGB § 1007 Rdn. 1; *Wolff - Raiser*, Sachenrecht § 23 Fußn. 21; *RGRK*, BGB § 1007 Bem. 1 - 6; *Soergel - Siebert - Mühl*, BGB, § 1007 Rdn. 1; *Medicus*, AcP 1968, 75; *Eichler*, Institutionen II, S. 235 Fußn. 265; *Heck*, Sachenrecht, S. 131, 134; *Westermann*, Sachenrecht, § 35 I 3; *Diederichsen*, Recht zum Besitz, S. 62; *Hedemann*, Sachenrecht, S. 200.