

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 451

Organbesitz und Organgewahrsam

Von

Michael Maxim Cohen



Duncker & Humblot · Berlin

MICHAEL MAXIM COHEN

Organbesitz und Organgewahrsam

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 451

Organbesitz und Organgewahrsam

Von

Michael Maxim Cohen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-14819-6 (Print)
ISBN 978-3-428-54819-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84819-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2015 von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Sie befasst sich vornehmlich mit dem deutschen Zivil- und Zivilprozessrecht unter Einbeziehung sowohl historischer Konzepte des Sachen- und Gesellschaftsrechts als auch der neuen Entwicklungen in der Literatur zu diesem Thema. Zudem berücksichtigt sie vergleichend andere europäische Rechtsordnungen und setzt sich mit kollisionsrechtlichen Aspekten und den Bestrebungen einer europaweiten Angleichung auf dem Gebiet des Zivilrechts auseinander.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.), für die jederzeitige Unterstützung, die konstruktiven Gespräche und das Verfassen des Erstgutachtens. Ebenfalls möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Jan von Hein für das zügige Erstellen des Zweitgutachtens bedanken.

Ferner danke ich Herrn Prof. Dr. Michael Heese für sein stets offenes Ohr, die ergiebigen Diskussionsstunden und seine Freundschaft.

Großer Dank gilt auch der Konrad Adenauer Stiftung für die materielle und ideelle Förderung meiner Promotion.

Besonders möchte ich mich auch bei Franziska Kasper, Max Elles, Frank Haberstroh, Christopher Henschel, Tobias Klimke, Lars-Holger Prawitz und Hans Christian Schmitz für die sprachliche Korrektur des Dissertationsmanuskriptes sowie bei Max Faulhaber für die Unterstützung bei der Herausgabe des Werkes bedanken.

Letztlich und vor allem danke ich meiner Familie für ihre ununterbrochene Unterstützung, ihr Verständnis, ihre Nachsichtigkeit und ihre Liebe. Ohne sie hätte ich diesen Weg nie beschreiten können.

Stand der Arbeit ist Juni 2015.

Frankfurt am Main, im September 2015

Michael Maxim Cohen

Inhaltsübersicht

Einleitung	23
<i>1. Teil</i>	
Das nationale Recht	27
<i>1. Kapitel</i>	
Besitz und Gewahrsam	27
1. Abschnitt	
Historische Grundmodelle von Herrschaftsbeziehungen zwischen Person und Sache	27
§ 1 Das römische Recht	28
§ 2 Das germanische Recht	33
§ 3 Das gemeine Recht und die frühen Kodifikationen	39
§ 4 Vereinheitlichung des Besitzrechts im Deutschen Reich – das Bürgerliche Ge- setzbuch	43
2. Abschnitt	
Der Besitz und der Gewahrsam im geltenden deutschen Recht – eine Begriffsbestimmung	45
§ 1 Der Besitz	46
§ 2 Der Gewahrsam	55
<i>2. Kapitel</i>	
Die rechtsfähigen Gebilde	65
1. Abschnitt	
Die geschichtliche Entwicklung der nicht natürlichen Rechtspersonlichkeit	65
§ 1 Allgemeiner geschichtlicher Hintergrund	65
§ 2 Der Theoriestreit zum Wesen der juristischen Person	73

2. Abschnitt	
Die rechtsfähigen Gebilde nach geltendem Recht	77
§ 1 Die rechtsfähigen Gebilde	77
§ 2 Das Handeln nach außen und die Willensbildung	89
<i>3. Kapitel</i>	
Grundfragen des Organbesitzes und des Organgewahrsams	97
1. Abschnitt	
Dogmatische Grundlagen und Tatbestand der Figuren des Organbesitzes und des Organgewahrsams	99
§ 1 Begriffsbestimmung. Dogmatische Notwendigkeit	99
§ 2 Die einzelnen Tatbestandsmerkmale	107
2. Abschnitt	
Rechtsdogmatische und praxisbezogene Untersuchung der Figuren des Organbesitzes und des Organgewahrsams	130
§ 1 Rechtsdogmatische Probleme	130
§ 2 Praktische Probleme	198
<i>2. Teil</i>	
Rechtsvergleichende und Kollisionsrechtliche Analyse	254
<i>1. Kapitel</i>	
Rechtsvergleichende Synopse	254
§ 1 Organbesitz in Österreich und der Schweiz	255
§ 2 Organbesitz in Frankreich	270
§ 3 Organbesitz in Großbritannien	279
<i>2. Kapitel</i>	
Kollisionsrechtliche Aspekte und europäische Harmonisierungsversuche	293
§ 1 Organbesitz und Organgewahrsam im kollisionsrechtlichen Kontext	293
§ 2 Organbesitz im Kontext des <i>Draft Common Frame of Reference</i>	299
Schlusswort	309
Literaturverzeichnis	313
Sachregister	329

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
<i>1. Teil</i>	
Das nationale Recht	27
<i>1. Kapitel</i>	
Besitz und Gewahrsam	27
1. Abschnitt	
Historische Grundmodelle von Herrschaftsbeziehungen zwischen Person und Sache	27
§ 1 Das römische Recht	28
A. Geschichte, Wesen und Formen des Besitzes im Römischen Recht	28
I. Geschichte	28
II. Formen des Besitzes	29
III. Wesen des Besitzes	30
B. Erwerb und Verlust des Besitzes	31
I. Besitzerwerb	31
II. Besitzverlust	32
C. Zusammenfassung	33
§ 2 Das germanische Recht	33
A. Vorbemerkung: Die Gewere	33
B. Geschichte, Arten und Wesen der Gewere im germanischen Recht	34
I. Geschichte	34
II. Arten der Gewere	34
III. Wesen der Gewere	36
C. Erwerb und Verlust der Gewere	36
I. Erwerb der Gewere	37
II. Verlust der Gewere	38
D. Zusammenfassung	39
§ 3 Das gemeine Recht und die frühen Kodifikationen	39
A. Das gemeine Recht	39

I. Allgemeines	39
II. Der gemeinrechtliche Besitzbegriff	40
B. Die frühen Kodifikationen	41
I. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (1756)	42
II. Das Preußische Allgemeine Landrecht (1794)	42
C. Zusammenfassung	43
§ 4 Vereinheitlichung des Besitzrechts im Deutschen Reich – das Bürgerliche Ge- setzbuch	43

2. Abschnitt

Der Besitz und der Gewahrsam im geltenden deutschen Recht – eine Begriffsbestimmung 45

§ 1 Der Besitz	46
A. Der Besitzbegriff	46
I. Nach dem Grad der Sachbeziehung	46
II. Nach der sozialen Einordnung des die tatsächliche Gewalt Ausübenden	47
III. Nach der Möglichkeit der Besitzausübung	48
IV. Nach der Willensrichtung des Besitzenden	48
V. Sonstige Besitzarten	48
VI. Zusammenfassung	50
B. Funktionen des Besitzes und die rechtliche und tatsächliche Stellung des Besitzers	51
I. Die Funktionen des Besitzes	51
II. Die Stellung des Besitzers	52
1. Besitzer als Inhaber einer geschützten Rechtsposition	52
2. Besitzer als Inhaber einer privilegierten Rechtsposition	54
3. Besitzer als Verpflichteter von Herausgabe- und Schadensersatz- ansprüchen	54
C. Fazit	55
§ 2 Der Gewahrsam	55
A. Der zivilprozessuale Gewahrsamsbegriff	56
I. Entwicklung des Gewahrsamsbegriff im Rahmen der §§ 808, 809 ZPO	56
II. Tatbestand des Gewahrsams nach §§ 808, 809 ZPO	59
III. Gewahrsam als Teil des Tatbestandes der §§ 808, 809 ZPO	60
B. Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff, §§ 242, 246 StGB	61
I. Der strafrechtliche Gewahrsam als autonomer Begriff	61
II. Theorien zur Bestimmung der strafrechtsrelevanten Gewahrsamslage ..	62
III. Stellungnahme	63
C. Fazit	64

2. Kapitel

Die rechtsfähigen Gebilde 65

1. Abschnitt

Die geschichtliche Entwicklung der nicht natürlichen Rechtspersönlichkeit 65

§ 1 Allgemeiner geschichtlicher Hintergrund 65

A. Ursprüngliche Formen der am Rechtsverkehr teilnehmenden Personen- und Sachmehrheiten 65

 I. Das römische Recht 65

 II. Das germanische Recht im Früh- und Hochmittelalter 67

 III. Rechtliche Gebilde der Neuzeit 68

B. Savigny und die Lehre von der juristischen Person 70

§ 2 Der Theoriestreit zum Wesen der juristischen Person 73

A. Ursprünge des Theoriestreits 73

B. Die Fiktionstheorie und die Lehre von der realen Verbandspersönlichkeit .. 74

C. Das Fazit des Theoriestreits 76

2. Abschnitt

Die rechtsfähigen Gebilde nach geltendem Recht 77

§ 1 Die rechtsfähigen Gebilde 77

A. Die Rechtsfähigkeit im Deutschen Recht 77

 I. Die Rechtsfähigkeit – eine Begriffsbestimmung 77

 II. Gegenstand der Untersuchung 78

B. Die juristischen Personen 79

 I. Die Kapitalgesellschaften 79

 II. Der Verein 80

 III. Die Genossenschaft 81

 IV. Die Stiftung 81

 V. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts 82

C. Die Personengesellschaften 83

 I. Die Personenhandelsgesellschaften 83

 II. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts 84

D. Sonstige am Rechtsverkehr beteiligte Personenmehrheiten und Körperschaften 85

 I. Die Wohnungseigentümergeinschaft 85

 II. Die Erbengemeinschaft 86

 III. Der nicht eingetragene Verein 87

E. Synopse 88

§ 2 Das Handeln nach außen und die Willensbildung	89
A. Die Handlungs- und Willensbildungsfähigkeit im deutschen Recht	89
I. Die Handlungsfähigkeit	89
II. Die Willensbildungsfähigkeit	90
B. Die juristische Person	90
I. „Die Vertretertheorie“	91
II. „Die Organtheorie“	92
III. Stellungnahme	93
C. Die Personengesellschaften und die sonstigen rechtsfähigen Rechtsgebilde	94
D. Synopse	95

3. Kapitel

Grundfragen des Organbesitzes und des Organgewahrsams 97

1. Abschnitt

Dogmatische Grundlagen und Tatbestand der Figuren des Organbesitzes und des Organgewahrsams 99

§ 1 Begriffsbestimmung. Dogmatische Notwendigkeit	99
A. Organbesitz	99
I. Dogmatische Notwendigkeit	100
1. Mittelbarer Besitz – Organwalter als Besitzmittler für den Organ- träger	100
2. Besitzdienerschaft – Organwalter als Besitzdiener des Organträgers	101
II. Der Organbesitz – ein Sammelbegriff	102
B. Organgewahrsam	104
§ 2 Die einzelnen Tatbestandsmerkmale	107
A. Der Organbesitz	107
I. Unmittelbarer Besitz einer nicht natürlichen Person gem. § 854 Abs. 1 BGB	108
1. Der objektive Tatbestand	108
2. Der subjektive Tatbestand	111
3. Organeigen- oder Organfremdbesitz	116
4. Ende der Besitzposition des Organträgers	118
II. Erwerb unmittelbaren Besitzes einer nicht natürlichen Person nach § 854 Abs. 2 BGB	118
III. Unmittelbarer Besitz einer nicht natürlichen Person nach § 855 BGB ..	120
IV. Mittelbarer Besitz einer nicht natürlichen Person	123
V. Der Erbenbesitz einer nicht natürlichen Person	127
B. Der Organgewahrsam	127

2. Abschnitt

Rechtsdogmatische und praxisbezogene Untersuchung der Figuren des Organbesitzes und des Organgewahrsams		130
§ 1 Rechtsdogmatische Probleme		130
A. Der Organbesitz		130
I. Potenzielle Lösungsansätze zur Inkorporierung der Figur des Organbesitzes in das allgemeine sachenrechtliche Grundgerüst		131
II. Probleme hinsichtlich der Schutzfunktion des Organbesitzes		132
1. Die verbotene Eigenmacht gegen den Organbesitzer		132
2. Die Gewaltrechte des Organbesitzers gem. § 859 BGB		136
3. Gewaltrechte des Organwalters gegenüber Dritten		140
4. Gewaltrechte der Organwalter untereinander		142
5. Besitzschutzrechtliche Ansprüche des Organbesitzers		149
6. Schutz des mittelbaren Organbesitzes		150
7. Die verbotene Eigenmacht durch nicht natürliche Personen und deren Rechtsfolgen		151
III. Probleme hinsichtlich Erhaltungsfunktion des Organbesitzes		153
IV. Probleme hinsichtlich der Publizitätsfunktion des Organbesitzes		156
1. Äußere Erkennbarkeit des Organbesitzes		156
2. Organbesitz und Publizitätsgrundsatz		159
a) Besitz und Publizität im klassischen Sinne		159
b) Die Besonderheiten des Publizitätsprinzips im Mobiliarsachenrecht		163
aa) Übertragungswirkung		164
bb) Vermutungswirkung		166
cc) Gutgläubenswirkung		168
dd) Die Rolle des Besitzes im Rahmen der modifizierten Fahrnispublizität		171
c) Organbesitz und Fahrnispublizität		171
aa) Übertragungswirkung des Organbesitzes		172
(1) Der Organbesitz als Publizitätsträger im Rahmen der §§ 929, 930, 931 BGB		172
(2) Sonderkonstellationen bei mindestens einem an der Übergabe beteiligten Organbesitzer		173
(3) Die finale Verknüpfung von Übergabe und Verfügung im Kontext des Organbesitzes		175
(4) Besondere Funktion der Übergabe im Rahmen des § 1205 BGB und die Notwendigkeit einer teleologischen Korrektur im Kontext des Organbesitzes		177
(5) Zusammenfassung		180
bb) Vermutungswirkung des Organbesitzes		180

cc) Gutgläubenswirkung des Organbesitzes	183
(1) Rechtsscheinwirkung des Besitzes vor der Verfügung des Nichtberechtigten	183
(2) Rechtsscheinwirkung des Besitzes nach der Verfügung	184
(3) Abhandenkommen im Kontext des Organbesitzes und Sonderkonstellationen von Nichtberechtigtenverfügungen, an denen Organträger beteiligt sind	186
(a) Der § 935 BGB im Kontext der Figur des Organ- besitzes	186
(b) Übereignung zwischen Organträger und Organwal- ter oder zwischen zwei Organträgern, die densel- ben Organwalter haben	189
(c) Die Verfügung eines „Scheinorganwalters“	191
d) Zusammenfassung	191
V. Auswertung der rechtlichen Untersuchung der Figur des Organbesitzes	192
B. Der Organgewahrsam	192
I. Potentielle Lösungsansätze zur problemlosen Inkorporierung der Fi- gur des Organgewahrsams in das allgemeine zivilprozessuale Grund- gerüst	193
II. Die rechtlichen Probleme hinsichtlich der vom Gewahrsam wahrge- nommenen Rolle bei der Mobiliarvollstreckung	194
1. Die Funktion des Gewahrsams im Rahmen der §§ 808, 809 ZPO ..	194
2. Die Funktion im Rahmen der Vollstreckung von Herausgabebean- sprüchen	195
III. Auswertung der rechtlichen Untersuchung der Figur des Organ- gewahrsams	196
C. Zusammenfassung	196
§ 2 Praktische Probleme	198
A. Der Organbesitz	198
I. Potentielle Lösungsansätze	199
II. Die praktischen Probleme	200
1. Schutzfunktion	200
a) Besitzschutz gegenüber Außenstehenden	200
b) Besitzschutz gegenüber Organwaltern	201
c) Besitzschutz gegen einen Organträger	202
2. Erhaltungsfunktion	204
3. Publizitätsfunktion	206
a) Übertragungswirkung	206
aa) Unmittelbare praktische Bedeutung der Übergabe	207
bb) Mittelbare praktische Bedeutung der Übergabe	209
b) Vermutungswirkung	214
c) Gutgläubenswirkung	217

aa) Organträger oder Organwalter als Veräußerer	218
bb) Organträger oder Organwalter als Erwerber	220
cc) Organbesitz im Kontext des § 936 BGB	221
III. Auswertung der praktischen Probleme und Präsentation eines Lösungsansatzes	222
1. Lösungsansatz <i>de lege lata</i>	223
2. Lösungsansatz <i>de lege ferenda</i>	230
B. Der Organgewahrsam	232
I. Potentielle Lösungsansätze	233
II. Die praktischen Probleme	233
1. Die Leichtigkeit des Gewahrsamswechsels als Einfallstor für vollstreckungsvereitelnde Handlungen	234
2. Die Besonderheiten des Gewahrsamswechsels bei nicht natürlichen Personen	235
3. Die der Figur des Organgewahrsams immanente besondere Vollstreckungsvereitelungsgefahr	236
4. Zusammenfassung	238
III. Auswertung der praktischen Probleme und Vorschlag einer Lösung ..	239
1. Lösungen im Rahmen des geltenden Rechts	240
a) Die bisherige Rechtspraxis im Kontext dieser Problematik – eine Bestandsaufnahme	240
b) Kritik an der bisherigen Rechtspraxis	242
c) Untersuchung der Möglichkeit einer adäquaten richterrechtlichen Lösung der Problematik	244
d) Zusammenfassung	249
2. Lösungsansatz <i>de lege ferenda</i>	250
C. Zusammenfassung	252

2. Teil

Rechtsvergleichende und Kollisionsrechtliche Analyse 254

1. Kapitel

Rechtsvergleichende Synopse 254

§ 1 Organbesitz in Österreich und der Schweiz	255
A. Österreich	255
I. Die Rechtsfigur des Besitzes im ABGB	255
II. Die nicht natürlichen Rechtsträger im österreichischen Zivilrecht	258
III. Nicht natürliche Rechtsträger als Besitzer im österreichischen Zivilrecht	259
1. Erwerb, Ausübung und Verlust des Besitzes durch einen nicht natürlichen Rechtsträger	259

2. Rechtliche und praktische Problemkonstellationen	260
IV. Fazit	261
B. Schweiz	263
I. Die Rechtsfigur des Besitzes im ZGB	263
II. Die nicht natürlichen Rechtsträger im Schweizer Zivilrecht	265
III. Nicht natürliche Rechtsträger als Besitzer im Schweizer Zivilrecht ...	267
1. Erwerb, Ausübung und Verlust des Besitzes durch einen nicht natürlichen Rechtsträger	267
2. Rechtliche und praktische Problemkonstellationen	268
IV. Fazit	269
§ 2 Organbesitz in Frankreich	270
A. Die Rechtsfigur des Besitzes im <i>Code civil</i>	270
B. Die nicht natürlichen Rechtsträger im Französischen Zivilrecht	272
I. Begriff und Wesen der juristischen Person	272
II. Arten von juristischen Personen	273
III. Rechts-, Handlungs- und Willensbildungsfähigkeit der juristischen Person	275
C. Nicht natürliche Rechtsträger als Besitzer im französischen Zivilrecht ...	276
I. Erwerb, Ausübung und Verlust des Besitzes durch einen nicht natür- lichen Rechtsträger	276
II. Rechtliche und praktische Problemkonstellationen	277
D. Fazit	278
§ 3 Organbesitz in Großbritannien	279
A. Die Rechtsfigur des Besitzes im englischen <i>Common Law</i>	279
B. Die nicht natürlichen Rechtsträger im englischen Zivilrecht	283
I. Begriff und Wesen der juristischen Person	283
II. Arten von juristischen Personen	284
III. Rechts-, Handlungs- und Willensbildungsfähigkeit der juristischen Person	285
C. Nicht natürliche Rechtsträger als Besitzer im englischen Zivilrecht	288
I. Erwerb, Ausübung und Verlust des Besitzes durch einen nicht natür- lichen Rechtsträger	288
II. Rechtliche und praktische Problemkonstellationen	289
D. Fazit	291

2. Kapitel

Kollisionsrechtliche Aspekte und europäische Harmonisierungsversuche	293
§ 1 Organbesitz und Organgewahrsam im kollisionsrechtlichen Kontext	293
A. Qualifikation der Figur des Organbesitzes	294

B. Konsequenzen eines Statutenwechsels	296
C. Fazit	298
§ 2 Organbesitz im Kontext des <i>Draft Common Frame of Reference</i>	299
A. Die Rechtsfigur des Besitzes im <i>Draft Common Frame of Reference</i>	299
B. Die nicht natürlichen Rechtsträger im <i>Draft Common Frame of Reference</i>	301
C. Nicht natürliche Rechtsträger als Besitzer im <i>Draft Common Frame of Reference</i>	302
I. Erwerb, Ausübung und Verlust des Besitzes durch einen nicht natürlichen Rechtsträger	302
1. Ausübung von <i>physical control</i>	302
2. Sonstige Voraussetzungen der Besitzausübung	304
II. Rechtliche und praktische Problemkonstellationen	305
D. Fazit	307
Schlusswort	309
Literaturverzeichnis	313
Sachregister	329

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C. c.	Code civil
Ch.	Law Reports, Chancery Division
DCFR	Draft Common Frame of Reference
d. h.	das heißt
e. g.	exempli gratia
f.	folgende/folgender (Singular)
ff.	folgende (Plural)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
h. M.	herrschende Meinung

Hrsg.	Herausgeber
i. S. d.	im Sinne des/der
JherJb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das Juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
lit.	litera
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Woche
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
OLG	Oberlandesgericht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
QB	Law Reports, Queen's Bench
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Satz/Seite
SchmollersJB	Schmollers Jahrbuch
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapiermitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung

Die Rechtsfigur der juristischen Person ist jedem nur einigermaßen entwickelten Rechte unentbehrlich.¹

Rechte überhaupt konnten sie von jeher erwerben, indem ihnen die juristischen Handlungen ihrer Vertreter als ihre eigene Handlungen angerechnet wurden; darin besteht eben ihr Wesen. Bey dem Besitz fand das Schwierigkeit, weil er wegen seiner rein factischen Natur mit einer solchen Fiction nicht vereinbar schien.²

Seit Beginn der menschlichen Geschichte stellt die tatsächliche Herrschaftsbeziehung zwischen einem Menschen und einer Sache eine alltägliche Lebenssituation dar. Bereits der *homo habilis*, der „geschickte Mensch“, bediente sich körperlicher Gegenständen wie rudimentärer Werkzeuge, um seinen Lebensraum auszugestalten. Vor diesem Hintergrund erwuchs auch das Bedürfnis in jeder Gesellschaft, das Phänomen der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache gewissen Regeln zu unterstellen. So mussten sich sowohl das germanische als auch das römische Recht sowie alle modernen Rechtsordnungen mit dieser Rechtsmaterie auseinandersetzen und eine sachgemäße Regelung dieses Sachverhaltes und der sich daraus ergebenden Probleme finden. Dabei betreffen diese Regelungen meistens ausschließlich die Konstellationen der Herrschaftsbeziehung zwischen einem Menschen und einer Sache. Nicht zu vernachlässigen ist jedoch, dass nicht nur natürliche Personen am Rechts- und Wirtschaftsverkehr teilnehmen, sondern zunehmend auch solche Akteure, die, ohne Mensch zu sein, mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind.

Obwohl die Figuren dieser nicht natürlichen Personen und des Besitzes seit mehr als einem Jahrhundert im Rahmen des deutschen Zivilrechts koexistieren, bleiben weite Aspekte der Frage nach der Kompatibilität der Natur des Besitzes als faktische Herrschaftsbeziehung mit der Abstraktheit des Konzepts einer nicht natürlichen Person unerforscht. Das Konstrukt des Besitzes nicht natürlicher Rechtsträger war nämlich nicht Teil des ursprünglichen Plans des Gesetzgebers und hat somit keine ausdrückliche Regelung im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuchs gefunden. Trotz des Fehlens einer solchen Norm gilt die Fähigkeit nicht natürlicher Rechtsträger, eine eigene Besitzposition innezuhaben, seitens der modernen Literatur und Rechtsprechung als fast einmütig anerkannt. Dabei hat sich der Konsens gebildet, dass ein rechtsfähiges Gebilde nur mittels einer

¹ Motive zum BGB I, S. 78; *Mugdan* I, S. 395.

² v. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 2, S. 292.

Zurechnung von Handlungen und Willen von natürlichen Personen die faktischen Aspekte des Besitztatbestandes erfüllen kann. Mangels der Möglichkeit einer Stellvertretung bei der Ausübung des Besitzes hat sich der Bedarf nach einer methodologischen Erklärung dieser Zurechnung gezeigt. Das Rechtfertigungsdefizit wurde mithilfe gesellschaftsrechtlicher Instrumente ausgefüllt. Diejenigen Menschen, die sonst Handlungen im Rechts- und Wirtschaftsverkehr für den nicht natürlichen Rechtsträger vornehmen, sollen auch für ihn die tatsächliche Sachherrschaft ausüben und den Herrschaftswillen bilden. Als Reflex zu den gesellschaftsrechtlichen Entwicklungen im Hinblick auf die theoretische Grundlage für die Handlungs- und Willensbildungsfähigkeit nicht natürlicher Personen hat sich dabei der Begriff „Organbesitz“ für die Bezeichnung dieses Phänomens etabliert.

Trotz der weiten Akzeptanz der Figur des Organbesitzes in der Literatur und der Rechtsprechung sind weder ihre Konturen klar definiert noch ihre Besonderheiten im Kontext der drei Funktionen des Besitzes – die Schutz-, Erhaltungs- und Publizitätsfunktion – aus der rechtsdogmatischen und praxisbezogenen Perspektive en detail erforscht worden. Der Mangel an einer klaren Umgrenzung des Rechtsinstituts äußert sich zum einen in der fortbestehenden Unklarheit im Hinblick auf den Kreis rechtsfähiger Gebilde, die Organbesitz mittels ihrer gesetzlichen Repräsentanten, ihrer Organwalter, ausüben können. Zum anderen ist die Figur des Organbesitzes vor dem Hintergrund einer Mehrheit von Organwaltern, die gleichzeitig oder separat die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen, nicht näher untersucht worden. Weder ist ausreichend erforscht, wie sich der spezifische *modus* der Sachherrschaftsausübung bei nicht natürlichen Personen auf die Art und Weise der Inanspruchnahme von Gewaltrechten oder der Geltendmachung von Besitzansprüchen im Falle verbotener Eigenmacht auswirkt, noch ist der possessorische Besitzschutz im Verhältnis zwischen dem Organträger und dem Organwalter oder den Organwaltern untereinander hinlänglich durchleuchtet. Des Weiteren wurde die Frage, ob der Organbesitz tauglich ist, als adäquater Publizitätsträger bei Fahrnis zu dienen, weder durch die Literatur noch durch die Rechtsprechung tiefgründig behandelt. Letztlich gilt Selbiges auch für die Konsequenzen des Auseinanderfallens derjenigen Personen, welche die Besitzposition innehaben, und denen, die die tatsächliche Sachgewalt ausüben, im Hinblick auf die Beweisführung im Prozess und auf eine darauf zurückzuführende potenzielle Beeinträchtigung von Interessen und Rechtspositionen anderer Rechtsverkehrsteilnehmer. Erst in der jüngsten Literatur können Bestrebungen einer umfassenden und vertieften Auseinandersetzung in allen Facetten und Ausprägungen dieser Rechtsfigur entdeckt werden.

Ähnlich wird das zivilprozessuale Pendant zu der Figur des Organbesitzes – der Organgewahrsam – durch die Literatur und Rechtsprechung behandelt. Auch dieses Rechtsinstitut gilt trotz mangelnder ausdrücklicher gesetzlicher Regelung als weitgehend anerkannt. Nichtsdestoweniger besteht hier ebenfalls die Notwen-

digkeit für eine detailliertere Auseinandersetzung mit den Besonderheiten der Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft seitens nicht natürlicher Rechtsträger im Kontext des gesetzlichen Tatbestandes und der Funktion des Gewahrsams im Rahmen des formalisierten Vollstreckungsverfahrens. Es bedarf vor allem einer Untersuchung der Tauglichkeit des Organgewahrsams, dem Gerichtsvollzieher als ein zuverlässiger Indikator der wahren Vermögenslage zu dienen. Diese Frage stellt sich insbesondere vor dem Hintergrund seiner komplexeren Tatbestandsvoraussetzungen im Vergleich zum Gewahrsam natürlicher Personen und der daraus erwachsenden potentiellen Einbußen der Effektivität der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen nicht natürlicher Rechtsträger.

Die vorliegende Studie zu den Figuren des Organbesitzes und des Organgewahrsams strebt eine umfassende Betrachtung der beiden Rechtsinstitute an. An erster Stelle soll die Möglichkeit ihrer Eingliederung in das existierende gesellschafts- und besitzrechtliche normative Gerüst untersucht werden. Dies kann am besten anhand einer Akzentuierung ihrer Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Vergleich zum Besitz und Gewahrsam natürlicher Personen erfolgen. Erst dann kann festgestellt werden, ob die Besonderheiten dieser beiden Formen rechtlich anerkannter Sachherrschaft nicht natürlicher Rechtsträger in rechtsdogmatischer und praxisbezogener Hinsicht mit den für natürliche Rechtsträger konzipierten normativen Grundsätzen und Wertungen kompatibel sind. Wäre dies nicht der Fall, so müssten mögliche Ansätze zur Bewältigung der daraus entspringenden potentiellen Problemkonstellationen erarbeitet werden. Die Problematik darf dabei nicht nur im Kontext des nationalen Rechts behandelt werden. Angesichts des sich intensivierenden Personen- und Warenverkehrs in Europa bedarf es sowohl einer Auseinandersetzung mit ihren kollisionsrechtlichen Aspekten als auch eines kurzen rechtvergleichenden Blicks in andere europäische Rechtsordnungen. Letzterer kann des Weiteren vor dem Hintergrund der gemeinsamen Wurzeln der Rechtsinstitute des Besitzes und der juristischen Person in den verschiedenen Rechtssystemen des „alten Kontinents“ auch als eine Ideenretorte für die potentiell notwendige problembewältigende nähere Ausgestaltung der Figuren des Organbesitzes und Organgewahrsams im Rahmen des deutschen Zivilrechts dienen. Letztlich können anhand der Gemeinsamkeiten und Differenzen der verschiedenen europäischen Rechte beim Umgang mit dem Konzept der rechtlich relevanten tatsächlichen Sachherrschaft nicht natürlicher Rechtsträger Erkenntnisse für die Weiterentwicklung des europäischen Privatrechts gewonnen werden, insbesondere im Kontext kontemporärer Denkansätze für ihre Homogenisierung wie der *Draft Common Frame of Reference*.

Dementsprechend ist diese Arbeit in zwei Teile gegliedert. Im ersten Teil sind die beiden Rechtsinstitute im Rahmen des nationalen Rechts zu untersuchen. Als Grundlage dieser Untersuchung wird eine allgemeine Darstellung der Oberbegriffe des Besitzes und Gewahrsams dienen. Diese wird dabei nicht nur im Kontext des geltenden Rechts erfolgen, sondern auch die historischen Basismodelle