

nehmer aber den Aufwand nicht auf eigenes Risiko wie der redliche Besitzer tätig, ist wohl der tatsächlich getätigte Aufwand zu ersetzen.²⁸

Erste Abteilung des Sachenrechtes. Von den dinglichen Rechten.

Erstes Hauptstück. Von dem Besitze.

Inhaber. Besitzer.

§ 309. Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

Stammfassung JGS 1811/946

Lit: *Bruns*, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (1848); *Burckhard*, System des Österreichischen Privatrechts III/1 (1889); *Randa*, Der Besitz⁴ (1895); *Pfersche*, Österreichisches Sachenrecht I (1893); *Hermann*, Der Besitz, FS ABGB I (1911) 607; *Bondy*, Besitzer und Inhaber, ZBl 1927, 401; *Kejfl*, Untersuchungen zur Besitzlehre des österreichischen Rechtes, ZBl 1927, 81; *Kralik*, Besitz und Besitzschutz heute – GA für den 2. ÖJT I/1 (1964); *Wesener*, Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes, in FS Wilburg (1975) 453; *Wieling*, Grund und Umfang des Besitzschutzes, in FS Lübtow (1980) 565; *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982); *Ernst*, Eigenbesitz und Mobilärerwerb (1992); *Hoyer*, Exszindierungsklage, Beweislast und Kostenersatzpflicht, in FS Matscher (1993) 211; *Segelhuber*, Zur Gewahrsamsproblematik bei Nachlaßgegenständen, ÖJZ 1994, 480; *Klicka*, Die Beweislastverteilung bei der Exszindierungsklage, JBl 1995, 573; *Reckenzaun*, Besitzschutz für den Masseverwalter?, ZIK 2000, 116; *Kodek*, Die Besitzstörung (2002); *P. Bydlinski*, Zur sachenrechtlichen Qualifikation von Leitungsnetzen, JBl 2003, 69; *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz (2003); *Karner*, Gutgläubiger Mobilärerwerb (2006); *Th. Müller*, Besitzschutz in Europa (2010); *Kodek*, 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – Das ABGB im Wandel der Zeit, ÖJZ 2011, 490. Vgl auch bei § 339.

Übersicht

I.	Allgemeines	1–4
II.	Historisches	5–8
III.	Rechtsqualität des Besitzes	9–13
	1. Meinungsstand	9–12

²⁸ Vgl *Spielbühler*, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973) 262 f.

2. Stellungnahme	13
IV. Rechtliche Bedeutung des Besitzes	14–19
V. Innehabung	20–24
1. Begriff	20–21
2. Einzelfälle	22–23
3. Rechtliche Bedeutung	24
VI. Besitzwille	25–27
VII. Einzelfälle	28–37
1. Alleinbesitz	28–29
2. Mitbesitz	30–33
3. Gemeingebrauch	34
4. Verlassenschaft	35–36
5. Weitere Fälle	37

I. Allgemeines

- 1** § 309 definiert den Besitz und legt damit auch die Voraussetzungen für den Besitzschutz und den Rechtserwerb durch Aneignung, Übergabe oder Ersitzung fest.¹ Besitz erfordert demnach die **Innehabung** der Sache („*corpus*“) und den **Willen**, diese als eigene zu behalten („*animus rem sibi habendi*“). Zum Gegenstand des Besitzes vgl bei § 311, zum Rechtsbesitz bei § 313. Das **Unternehmensrecht** stellt demgegenüber traditionell nur auf die Innehabung ab (vgl früher Art 5 der 4. EVHGB); seit dem HaRÄG spricht das Gesetz ausdrücklich nur mehr vom „Inhaber“. Für die Anwendung des ABGB bleibt aber auch im Bereich des Unternehmensrechts § 309 maßgeblich.²
- 2** Allerdings ist der in § 309 normierte Sprachgebrauch im ABGB selbst **nicht** überall **konsequent durchgehalten**. Teilweise verwendet das ABGB den Ausdruck „Besitz“ iSd populären Sprachgebrauchs für „Eigentum“.³ Teilweise steht auch „Besitzer“ statt „Inhaber“, etwa in § 372. Dazu § 372 Rz 55 ff. Hingegen ist in § 315 „Inhaber“ wohl wörtlich zu verstehen.⁴ Zum „Besitzer“ in § 324 vgl § 324 Rz 3, zu § 334 vgl § 334 Rz 5. In § 1460 spricht das Gesetz vom „wirklichen“ Besitz, in § 1470 wird der Ausdruck „Inhaber“ wohl verwendet, um den Gegensatz zum Tabularbesitz zum Ausdruck zu bringen.⁵
- 3** Dem „**ruhigen**“ **Besitz** kommt heute keine Bedeutung mehr zu; für den Besitzschutz maßgeblich ist der letzte Besitzstand ohne Rücksicht auf eine bestimmte Mindestdauer.⁶ Allerdings kommt ein Besitzschutz nicht in Betracht, solange noch der „Kampf um den Besitz“ andauert und noch keine Seite Besitz erworben hat⁷ (zB bei einem Streit zwischen zwei Findern, die beide die Sache für sich behalten wollen).

¹ *Spielbüchler* in Rummel³ I § 309 Rz 1.

² *Iro*, *Besitzerwerb* 7 ff; *Spielbüchler* in Rummel³ I § 309 Rz 1; *Schuhmacher* in Straube, HGB³ Art 5 EVHGB Rz 1; aA nur *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht III 80.

³ *Randa*, *Besitz*⁴ 121; OGH RZ 1931, 195.

⁴ *Schey/Klang* in Klang² II 59 FN 3.

⁵ *Schey/Klang* in Klang² II 59.

⁶ *Kodek*, *Besitzstörung* 94 ff.

⁷ *Randa*, *Besitz*⁴ 189 FN 19a; *Kodek*, *Besitzstörung* 96.

Das ABGB behandelt Sach- und Rechtsbesitz grundsätzlich gleich; ihm liegt ein **einheitlicher Besitzbegriff** zugrunde. Im deutschen und Schweizer Recht stellt der Rechtsbesitz demgegenüber eine singuläre Erweiterung dar, auf den die Normen des Sachbesitzes nur „sinngemäß“ anzuwenden sind.⁸ 4

II. Historisches

Das Besitzrecht des ABGB fußt auf dem **römischen und gemeinen Recht**. Von dort stammt der Aufbau auf den zwei Elementen *corpus* und *animus*⁹ sowie die scharfe Trennung von Besitz und Eigentum¹⁰ sowie von Innehabung (*detentio*) und Besitz (*possessio*), ebenso die scharfe Trennung von Petitorium und Possessorium.¹¹ Gemeinrechtlich ist vor allem die Ausdehnung des Besitzes und Besitzschutzes auf den Rechtsbesitz.¹² Im gemeinen Recht galt der Besitz als eine der schwierigsten Materien. Dies hing einerseits mit der Unklarheit zusammen, ob einzelne Quellenstellen sich auf den Besitzschutz (Interdiktenbesitz, *possessio ad interdicta*) oder den Ersitzungsbesitz (*possessio ad usucapionem*) bezogen, andererseits an der Behandlung von Innehabern, die die Sache zwar nicht als eigene, wohl aber im eigenen Interesse besaßen wie Mieter oder Pfandgläubiger. Eine weitere Schwierigkeit ergab sich schließlich daraus, dass römisch-rechtliche Lehren von der *possessio* mit der germanischen Gewere und Weiterentwicklungen im kanonischen Recht verbunden wurden. Erst *Savigny* gelang in seiner Monographie zum „Recht des Besitzes“ (1803) die klare Herausarbeitung römischrechtlicher Grundsätze. 5

Die Frage des Ausmaßes eines daneben bestehenden **deutschrechtlichen Einflusses**¹³ war im Laufe der Geschichte Wandlungen unterworfen. Während *Randa* hier jeden Einfluss der Gewere bestritt¹⁴, sehen *Schey/Klang* in der Auffassung des Besitzschutzes als Schutz des Vertrauens auf die äußere Erscheinung deutschrechtlichen Einfluss.¹⁵ Treffend formulieren *Schey/Klang* den im Vergleich zum Besitz „umgekehrten“ Zugang der Gewere: Die deutschrechtliche Gewere schützt das Recht, wo es in die äußere Erscheinung tritt, der römische Besitz den Tatbestand, wo er sich als Erscheinungsform eines Rechts darstellt.¹⁶ Die Gewere vereint die Funktion des Besitzschutzes mit der des Rechtsschutzes.¹⁷ Gewere gibt es auch an Rechten, deren äußeres Erscheinungsbild darin liegt, dass sie ausgeübt werden, etwa bei Regalien, Zollgerechtigkeiten, Zins- und Zehentrechten, Gerichtsherrlichkeiten etc.¹⁸ Nun 6

⁸ *Schey/Klang* in *Klang*² II 61.

⁹ *Paulus* D 41, 2, 3, 1: apiscimur possessionem corpore et animo.

¹⁰ *Ulpian* D 41, 2, 12, 1: nihil commune habet proprietas cum possessione.

¹¹ *Paulus* D 41, 2, 3, 5: in summa possessionis non multum interest, iuste an quis iniuste possideat.

¹² Dazu § 339 Rz 10 ff.

¹³ Dazu *Wieling*, Sachenrecht² 129 f.

¹⁴ *Randa*, Besitz⁴ 95.

¹⁵ *Schey/Klang* in *Klang*² II 55.

¹⁶ *Schey/Klang* in *Klang*² II 55.

¹⁷ Vgl *Ogris*, HRG I 1660 ff.

¹⁸ *Ogris*, HRG I 1664.

kommt ein unmittelbarer deutschrechtlicher Einfluss auf den Besitz schon deshalb nicht in Betracht, weil dem germanischen Recht ein Besitzschutz fremd war. Allerdings erleichterte das Konzept der Rechtsgewere wohl die Ausdehnung des Rechtsbesitzes durch das kanonische Recht.¹⁹ Deutschrechtlicher Herkunft ist auch der dem römischen Recht noch völlig unbekannt Tabularbesitz,²⁰ ebenso der Gutgläubenserwerb.

- 7 Im **kanonischen Recht** hatte der Besitz eine erhebliche Ausweitung erfahren. Wohl in Anknüpfung an germanische Anschauungen wurde Besitz an jedem Recht angenommen, das fortdauernder oder wiederholter Ausübung fähig war.²¹ Demnach war Besitz etwa möglich bei kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten über Gemeinden, Kirchen, Klöster, Länder, an der bischöflichen Gewalt über die bischöfliche Kirche und ihre Güter, an Benefizien und Pfründen, an Regalien und Reallasten, am gegenseitigen Recht der Ehegatten (Ehebesitz) usw, außerdem an allen dinglichen Rechten. Streitig war hingegen, inwieweit an Forderungen Besitz möglich war.²² Diese Position liegt den älteren **Naturrechtskodifikationen** wie ALR²³ und ABGB²⁴ zugrunde. Das sächsische BGB beschränkte den Rechtsbesitz auf Dienstbarkeiten.²⁵ Erst das BGB wählte hier einen anderen Zugang, indem es den Besitzschutz bereits dem Inhaber gewährte. Nach deutschem Recht ist Rechtsbesitz nur mehr an Grunddienstbarkeiten²⁶ sowie nach landesrechtlichen Vorschriften²⁷ möglich.
- 8 **Naturrechtlich** ist im ABGB der weite Sachbegriff,²⁸ aber auch der pragmatische Zugang gegenüber den Subtilitäten der gemeinrechtlichen Lehre.²⁹ Im **Codex Theresianus** (II 24, 8) war der Besitz noch als „Innehabung einer Sache im eigenen Namen“ definiert; im WGGB (II § 33) als „Gebrauch oder Ausübung für sich selbst“. Zur **Entstehungsgeschichte** der §§ 339 ff ausführlich bei § 339 Rz 15 ff.

III. Rechtsqualität des Besitzes

1. Meinungsstand

- 9 Unter den Redaktoren des **Codex Theresianus** war streitig, ob der Besitz ein Recht sei.³⁰ *Zencker* hielt den Besitz für ein *jus in re*.³¹ Diese Auffassung

¹⁹ Dazu unten Rz 7.

²⁰ *Schey/Klang* in *Klang*² II 55.

²¹ *Wieling*, *Sachenrecht*² 128 f.

²² *Wieling*, *Sachenrecht*² 129; *Bruns*, *Besitz im Mittelalter*, 246 ff; *Wesener* in *FS Wilburg* 460 ff.

²³ ALR I 7 § 77 ff.

²⁴ Vgl insb § 311.

²⁵ §§ 556 ff, 602 Sächsisches BGB.

²⁶ § 1029 BGB.

²⁷ Etwa Art 16 Bayerisches FischereiG 1908.

²⁸ *Kodek*, *ÖJZ* 2011, 492.

²⁹ Vgl die Äußerung *Zeillers* bei *Ofner* II 483, wonach „wenn man das wirklich praktische davon aushebt [...] und nach den Grundsätzen der Rechtsphilosophie prüfet, [...] es sich in einer mäßigen Zahl von Vorschriften darstellen [lasse]“.

³⁰ *Harras v Harrasowsky*, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen* II 451 FN 2.

³¹ *Harras v Harrasowsky*, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen* II 451 FN 2.

setzte sich schließlich durch.³² Auch die **Verfasser des ABGB** verstanden den Besitz zweifellos noch als echtes dingliches Recht.³³ Diese Auffassung zeigt sich noch in mehreren Bestimmungen des ABGB.³⁴ Hier ist zunächst auf die systematische Stellung der Bestimmungen über den Besitz an der Spitze des Sachenrechts zu verweisen.³⁵ § 308 zählt den Besitz³⁶ – neben Eigentum, Pfandrecht, Dienstbarkeit und Erbrecht – ausdrücklich zu den „dinglichen Sachenrechten“. Die Überschrift vor §§ 321, 322 lautet „Erfordernis zum wirklichen Besitzrechte“. Schließlich verweisen mehrere Bestimmungen (§§ 324, 346, 347, vgl auch § 851 Abs 2) auf das „stärkere“ oder „bessere“ Recht, was nur vor dem Hintergrund zu erklären ist, dass die Verfasser des ABGB den Besitz als Recht ansahen. Damit wollte der Gesetzgeber offenbar den schon im gemeinen Recht entbrannten Streit, ob der Besitz ein Recht oder bloß eine Tatsache sei, im ersten Sinne entscheiden.³⁷ Eine ähnliche Formulierung enthält § 31 Abs 1 IPRG.³⁸

Wäre der Besitz aber ein Recht, so müsste dieser gegen jede Besitzverletzung, nicht bloß gegen eine *vi, clam oder precario* begangene, geschützt sein.³⁹ Nach heute wohl hA ist der Besitz daher **kein Recht**, da subjektive Rechte eine rechtliche Zuordnung einschließen, während der Besitz gerade **keine Zuordnungsfunktion** hat.⁴⁰ Allerdings wird betont, dass der rechtliche Besitz (Besitzrecht) den subjektiven Rechten so ähnlich sei, dass er in mancher Hinsicht – wie zB im Schadenersatzrecht für den Entgang des Gebrauchsnutzens – wie ein absolutes Recht behandelt werden kann.⁴¹

Nach *Jabornegg/Strasser* sei hingegen, da die Rechtsordnung dem Besitzer die Rechtsmacht einräume, zumindest vorläufig die Beibehaltung des Besitzstandes verlangen zu können, nicht zu bezweifeln, dass der Besitzer auch

³² Codex Theresianus XXIV § 1 n 1.

³³ Diese Auffassung wird in der älteren Literatur vielfach unreflektiert übernommen (vgl etwa *Drdacki*, *WagnersZ* 1828 Bd 1, 1).

³⁴ *Kralik*, GA 2. ÖJT (1964) 5.

³⁵ *R. Mayr*, FS Randa 167.

³⁶ Nicht nur das Besitzrecht. Dies ergibt sich mE aus der Parallele zwischen der Formulierung „Recht des Besitzes“ zu den weiters in § 308 angeführten „[Rechten] des Eigentumes, des Pfandes“ usw. Das Besitzrecht war nach der Vorstellung der Redaktoren wohl ein besonderes dingliches Recht, das aufgrund der damit verbundenen publizianischen Klage als zwischen dem einfachen Besitz als schwächstem und dem Eigentum als stärkstem der drei Rechte stehend angesehen wurde (*Ehrenzweig*, *System I/2²*, 55).

³⁷ *Kralik*, aaO. Nachweise aus der älteren Lit bei *Schey/Klang²* II 56 FN 13.

³⁸ „Der Erwerb und der Verlust *dinglicher* Rechte an körperlichen Sachen *einschließlich* des Besitzes...“ – Diese Gleichstellung von Besitz und dinglichen Rechten ist im Kollisionsrecht verbreitet (vgl *von Hoffmann/Stoll*, *Internationales Privatrecht Ic* [1992] *IntSachenR* Rz 81 mwN).

³⁹ *Randa*, *Besitz⁴* 113.

⁴⁰ *Koziol/Welser¹³* I 258. Ohne eigene Stellungnahme *Klicka* in *Schwimann³* § 308 Rz 1; vgl auch *Spielbühler* in *Rummel³* I § 308 Rz 2. Demnach sei „nicht ganz unproblematisch“, vom Besitz als einem Recht zu sprechen, aber doch berechtigt, weil der Besitzer einen (wenn auch nur vorläufigen) Schutz genieße und insofern in eingeschränktem Sinn Inhaber eines Rechts sei (zust *Segelhuber*, *ÖJZ* 1994, 480 [483]). Abw *Schey/Klang* in *Klang²* II 56 ff mit eingehender Darstellung des älteren Meinungsstandes. Hingegen hält *Wegan*, *Verh 2. ÖJT* (1964) II 1. Teil 8, den Besitz für ein dingliches Recht.

⁴¹ *Koziol/Welser¹³* I 258; *Welser*, *Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang*, *ÖJZ* 1975, 41 f; *Koziol*, *Haftpflichtrecht²* II 25 ff; vgl auch OGH in *JB1* 1971, 425.

subjektiv berechtigt ist.⁴² Ein „Besitzrecht“ sei anzuerkennen; dieses sei jedoch völlig anders geartet als die sonstigen dinglichen Rechte, die nicht bloß eine provisorische, sondern eine endgültige – weil materiell richtige – Zuordnung beinhalten. Aus diesem Grund empfehle es sich nicht, das Besitzrecht im subjektiven Sinne auf eine Stufe mit den dinglichen Rechten zu stellen. Andere sprechen von einem „sachenrechtlichen Schutzgut“.⁴³ *Bydlinski* bezeichnet den Besitz(schutz) als „bloßen Reflex des Gewaltverbotes“ bzw. „Quasirecht“.⁴⁴ Der bloße Besitz sei jedenfalls kein „echtes“ subjektives Recht.

- 12 In **Deutschland**⁴⁵ sieht demgegenüber heute die wohl überwiegende Auffassung den Besitz als Recht an. Häufig wird betont, dass der Besitz gegenüber den anderen Sachenrechten ein schwächeres⁴⁶ bzw. nur provisorisches⁴⁷ Recht darstellt. Manchmal wird auch der Ausdruck „relatives Recht“⁴⁸ oder „Rechtsposition“⁴⁹ verwendet. Eine ähnliche Auffassung wird auch zum Schweizer Recht vertreten. So lehren *Gutzwiller/Hinderling*, der Besitz sei ein dingliches Recht,⁵⁰ betonen aber andererseits, es handle sich dabei nur um ein „vorläufiges, zweitklassiges Recht“, das dem Recht zum Besitz weichen müsse.⁵¹

2. Stellungnahme

- 13 ME ist der hA zuzustimmen. Die fehlende **Zuordnungsfunktion** unterscheidet den Besitz wesentlich von Rechten.⁵² Auch besteht keine Notwendigkeit, zur Erfassung des Besitzes von etablierten Kategorien abzugehen und von einem „sonstigen“ oder „zweitklassigen“ Recht zu sprechen. Die Kontroverse um die Rechtsqualität des Besitzes ist jedoch wenig zielführend.⁵³ Es erscheint sinnvoller, nach der positiven Ausgestaltung des Besitzes und seines Schutzes zu fragen als – in klassisch begriffsjuristischer Weise – nach der richtigen „Einordnung“. Da heute anerkannt ist, dass aus einer derartigen Einordnung allein keine Rechtsfolgen abgeleitet werden können, hat diese Frage keine praktische Bedeutung.⁵⁴

⁴² Privatrecht und Umweltschutz (1976) 85 f.

⁴³ *Gladi*, Zur Haftung Dritter für Besitzstörung, ÖJZ 1988, 513, 514.

⁴⁴ *Bydlinski*, System 323.

⁴⁵ Einen umfassenden Überblick über den Meinungsstand bietet *Wieling*, Grund und Umfang des Besitzschutzes in FS Lübtow 565 (574).

⁴⁶ *Von Tuhr*, Allgemeiner Teil I (1910) 137, 208, 259; weitere Nachweise bei *Wieling* in FS Lübtow 574 FN 52.

⁴⁷ *Soergel/Mühl*, BGB, Rz 1 vor § 854; weitere Nachweise bei *Wieling*, aaO FN 53.

⁴⁸ So Teile der älteren Literatur; vgl. *Wieling*, aaO FN 54.

⁴⁹ So schon die Motive zum BGB III 78; weitere Nachweise bei *Wieling*, aaO FN 54.

⁵⁰ Schweizerisches Privatrecht V/1 407.

⁵¹ Schweizerisches Privatrecht V/1 408.

⁵² Treffend bezeichnen *Koziol/Welser*¹³ I 238, das Sachenrecht als Recht der Güterzuordnung. Das Fehlen der Zuordnungsfunktion des Besitzes wird auch in Deutschland zutr betont von *Wieling* in FS Lübtow 574.

⁵³ *Ehrenzweig*, System I/2, 53 im Anschluss an *Pfersche*, Sachenrecht I 66 („eine rein doktrinaire Angelegenheit“).

⁵⁴ Vgl. *Ehrenzweig*, System I/2, 53; *Gutzwiller/Hinderling ua*, Schweizerisches Privatrecht V/1 407, die jedoch (aaO FN 10) darauf hinweisen, dass die Behandlung des Besitzes im Exekutions- und Konkursverfahren mit der Tragweite des Besitzschutzes zusammenhängt.

IV. Rechtliche Bedeutung des Besitzes

Wenngleich der Besitz kein Recht ist, kommt ihm doch vielfältige Bedeutung zu. An erster Stelle ist hier der **Besitzschutz** zu nennen. Wenngleich die Rechtsordnung dem Besitzer den Gegenstand des Besitzes nicht rechtlich zuweist, ist doch der Besitz zur Erhaltung des Rechtsfriedens geschützt. Dazu näher bei § 339 ff. Eine echte **Zuweisung** ist nur mit dem qualifizierten Besitz iSd § 372 verbunden, weil dieser die Sache im Verhältnis zum schlechter berechtigten Dritten dem Besitzer zuordnet.⁵⁵

Außerdem ist der Besitz Voraussetzung für die **Ersitzung**. Hier reicht allerdings nicht jeder Besitz; erforderlich ist vielmehr **qualifizierter Besitz**. § 1466 bezeichnet den rechtmäßigen, redlichen und echten Besitz als „**rechtlichen Besitz**“. Teilweise wird auch von **Besitzrecht** oder Ersitzungsbesitz gesprochen.⁵⁶ Daran ist richtig, dass dieser qualifizierte Besitz idR Voraussetzung einer Ersitzung ist; zu beachten ist jedoch, dass die Echtheit für die Ersitzung innerhalb der langen Ersitzungsfrist („uneigentliche Ersitzung“ nach §§ 1470, 1477 entgegen der hA die Echtheit nicht Voraussetzung ist).⁵⁷

Dem Besitz kommt außerdem **Publizitätsfunktion** zu: Durch ihn wird das Bestehen einer Rechtsposition indiziert. Der Verkehr muss sich daher darauf einstellen, dass derjenige, der eine Sache innehat oder ein Recht erkennbar ausübt, auch wirklich über eine entsprechende Rechtsposition verfügt.⁵⁸ Der **Übergang der Rechtsposition** an einer Sache muss grundsätzlich durch eine Änderung der Besitzverhältnisse nach außen in Erscheinung treten.⁵⁹ Der Aspekt der Publizitätsfunktion liegt auch dem heute verbreiteten, mE jedoch unzutreffenden weiten Verständnis des **§ 372** zugrunde.⁶⁰ Er kann außerdem im **Schadenersatzrecht** bei der Beeinträchtigung von Forderungsrechten eine Rolle spielen. Hervorzuheben ist jedoch, dass den schadenersatzrechtlichen Schutz von Forderungsrechten (Rechts-)Besitz nicht unbedingt Voraussetzung ist.⁶¹

Schließlich hat der Besitz eine **Rechtsscheinfunktion**: Nach § 323 wird vermutet, dass der Besitz auf einem gültigen Titel beruht. Dies läuft, weil dieser idR Voraussetzung für das Eigentum ist, darauf hinaus, dass das Recht zum Besitz vermutet wird. Die Reichweite dieser Vermutung ist allerdings stark eingeschränkt.⁶² Damit hängt auch die Vorschrift des § 367 Fall 3 (Erwerb vom Vertrauensmann) zusammen.⁶³ Allerdings darf die Indizwirkung des Besitzes **nicht überschätzt** werden: Wenngleich für *Zeiller* der Besitz noch das „Hauptmerkmal, woran man erkennen kann, wem eine Sache gehöre“, war, steht die neuere L in Anbetracht von Instituten wie Eigentumsvorbehalt und

⁵⁵ *Iro*, Sachenrecht⁴ Rz 2/2. Dazu näher bei § 372.

⁵⁶ Vgl nur *Koziol/Welser*¹³ I 263. Vgl dazu auch § 319 Rz 4.

⁵⁷ Vgl § 345 Rz 38 ff.

⁵⁸ *Iro*, Sachenrecht⁴ Rz 2/3.

⁵⁹ *Iro*, Sachenrecht⁴ Rz 2/3.

⁶⁰ Dazu näher bei § 372.

⁶¹ Dies zeigen die von *Koziol*, Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, herausgearbeiteten Fallgruppen deutlich.

⁶² Vgl § 323 Rz 1 ff und § 373 Rz 2; *Karner*, Mobilärerwerb 417.

⁶³ *Koziol/Welser*¹³ I 273.

Leasing zu Recht der Rechtsscheinfunktion des Besitzes skeptisch gegenüber.⁶⁴

- 18 Im **Exekutionsrecht** ist zu unterscheiden: Bei der Fahrnisexekution genügt Gewahrsame des Verpflichteten (§ 253 EO),⁶⁵ bei der Exekution auf nicht eingetragene Liegenschaften ist demgegenüber Besitz im technischen Sinn erforderlich (§§ 91 ff EO). Diese Regelung gilt kraft Verweisung nicht nur für die zwangsweise Pfandrechtsbegründung, sondern auch für die Zwangsverwaltung (§ 102 EO) und die Zwangsversteigerung (§ 134 EO). Befindet sich die zu pfändende Sache in der Gewahrsame eines Dritten, so kann sie gepfändet werden, wenn der Inhaber zur Herausgabe bereit ist (§ 262 EO). In Hinblick auf diese Bestimmung ist der „Besitzer“ in § 258 EO wohl als „Inhaber“ zu verstehen.⁶⁶
- 19 Grundlage für eine **Exszindierungsklage** bildet hingegen nur das Recht zum Besitz;⁶⁷ die Art der Gewahrsamerlangung kann aber für die Behauptungs- und Beweislast Bedeutung haben. Die der Beweislastverteilung zugrundeliegende Vermutung, dass Sachen in der Gewahrsame des Verpflichteten diesem auch gehören, greift in den Fällen des § 345 nämlich nicht bzw nicht in voller Stärke. Dies spricht dafür, dem Exszindierungswerber die Beweislast dafür, dass er Eigentümer ist, aufzuerlegen, wenn er iSd § 345 unechter Besitzer ist.⁶⁸

V. Innehabung

1. Begriff

- 20 Innehabung (Gewahrsame) ist als **äußere Erscheinung** der Herrschaft über den Gegenstand aufzufassen.⁶⁹ Es handelt sich um einen tatsächlichen Zustand ohne Rücksicht auf das Recht zum Gebrauch und die Art des Erwerbs.⁷⁰ Die erforderliche „Nähe“ richtet sich nach der **Verkehrsauffassung**.⁷¹ Vgl auch § 312 Rz 1. Der Besitz kann durch abhängige Gehilfen („**Besitzdiener**“), etwa Angehörige, Dienstnehmer) oder durch Partner aus Rechtsverhältnissen, die eine Anerkennung der Oberherrschaft bedeuten („**Besitzmittler**“), etwa Entlehner, Mieter, Pächter, Vorbehaltskäufer etc, vermittelt werden.⁷² Im letzteren Fall besteht idR Sachbesitz neben Rechtsbesitz („doppelter Besitz“). Dazu näher § 311 Rz 39 ff.
- 21 Im Einzelnen ist zwischen **selbständiger und unselbständiger Innehabung** zu unterscheiden, je nachdem ob die tatsächliche „Macht“ nach dem

⁶⁴ *Karner*, Mobilärerwerb 173, 417 mwN.

⁶⁵ Dazu ausführlich *Mohr* in Angst, EO² § 253 Rz 8 ff.

⁶⁶ *Tilsch*, Einfluss 73.

⁶⁷ *Kodek*, Besitzstörung 508; zum dt Recht *Sosnitza*, Besitz 327 ff, 337, 357 f. AA *Burgstaller/Holzner* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 37 Rz 83; *Spielbüchler* in Rummel³ I § 345 Rz 6.

⁶⁸ *Kodek*, Besitzstörung 508 f.

⁶⁹ *Spielbüchler* in Rummel³ I § 309 Rz 2.

⁷⁰ *Schey/Klang* in Klang² II 59; LGZ Wien EvBl 1938/301.

⁷¹ *Spielbüchler* in Rummel³ I § 309 Rz 2; instruktiv *Sosnitza*, Besitz 6 ff; kritisch („Leerformel“) hingegen etwa *Ernst*, Eigenbesitz und Mobilärerwerb (1992) 42 ff, 49; ähnlich schon *Randa*, Besitz⁴ 417 ff, wonach es sich um eine „Tatfrage“ handle.

⁷² *Spielbüchler* in Rummel³ I § 309 Rz 2 und 4; OGH 6 Ob 203/72, EvBl 1973/102.