

§§ 309 ff – Vorbemerkungen

Stand 2.2.2017

§§ 309-352 (vierundvierzig §§)

Allgemein:

- Nahezu ausschließlich Urbestand (außer kleine Änderungen bei § 310)!
- Aus heutiger Sicht verwundert die Ausführlichkeit des ABGB-Besitzrechts; das deutsche BGB kommt demgegenüber mit weniger als der Hälfte aus (19 §§, die überdies häufig sehr kurz sind)
- Viele Normen sind nicht mehr auf der Höhe der Zeit; vor allem, weil trotz entsprechender Notwendigkeit auf Änderungen des rechtlichen Umfeldes (ZPO, EO usw) nicht reagiert wurde; zT seit vielen Jahrzehnten nicht.

Zentralprobleme dieser Normengruppe:

- § 308 bezeichnet das Recht des Besitzes als „**dingliches Sachenrecht**“, was dem heutigen Verständnis klar widerspricht (Besitz ist primär ein Faktum) und allenfalls für besonders qualifizierte Besitzformen denkbar ist.
- Im ABGB wird versucht, dem weiten Sachbegriff auch im Besitzrecht Rechnung zu tragen. Dieser **Rechtsbesitz** wirft mangels Sachsubstrats aber manche Probleme auf: bei Erwerb, Schutz und Verlust. Zumindest de lege ferenda spricht viel dafür, Rechtsbesitz besitzrechtlich nur in Verbindung mit der Innehabung einer körperlichen Sache für relevant anzusehen (einer solchen Verengung bereits de lege lata stehen aber etwa die §§ 311, 313, 351, 1459 entgegen).
- Eine **Abstimmung mit jüngeren Gesetzen fehlt** vollständig. Das gilt vor allem für die §§ 339 ff im Vergleich mit den §§ 454 ff ZPO im Bereich des Besitzschutzes (Schadenersatzanspruch), aber auch für Normen, die von der Existenz der schon lange abgeschafften „Aufforderungsklage“ (§§ 66, 71 AGO) ausgehen (wie zB § 323 HS 2 oder § 324). Bei der Gefährdung des Besitzes durch Bauführung oder Bauwerke (§§ 340 – 343) sollten die aktuellen Normen des öffentlichen Baurechts mitbeachtet werden; vieles davon könnte wohl auch gestrichen werden. Überdies kommt in § 340 noch die allgemeine Gerichtsordnung vor; hingegen bleibt die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung nach den §§ 381 ff EO unbeachtet.

Wichtige Detailspekte:

- Die **Geschäftsfähigkeitsregel** des § 310 für den Besitzerwerb hat für den **Besitzverlust** kein echtes Pendant (§ 352 sieht nur vor, dass der Verlust der Geschäftsfähigkeit für sich allein nicht zum Besitzverlust führt). Sachgerecht wäre es wohl, wegen der tendenziellen Nachteiligkeit eines Besitzverlusts eine hinreichend hohe Geschäftsfähigkeit für die Bildung des Besitzaufgabewillens zu fordern. (Allerdings führt der dauerhafte Verlust der Sachherrschaft in jedem Fall zum Besitzverlust.) Ungeregelt ist auch die Frage, ob auch ein **geschäftsunfähiger Besitzstörer** auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann.
- Nach **§ 311** kann sogar eine einzelne Forderung in **(Rechts-)Besitz** genommen werden. Welchen Zweck diese Weite haben soll, bleibt aber unklar. **§ 312 Satz 2** lässt offen, ob der **Erwerb von Rechtsbesitz** durch Gebrauch des Rechts das Bestehen dieses Recht verlangt oder nicht. Ähnliche Fragen stellen sich auch bei anderen Bestimmungen (zB bei § 324).
- Bei den **§§ 329 ff** fehlt die zentrale Prämisse, dass der redliche Besitzer zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist.
- Die **§§ 329 f** lassen offen, inwieweit die dort angeordnete Privilegierung des redlichen Besitzers das allgemeine Bereicherungsrecht verdrängt.
- Sehr unklar ist die Wendung „redlicher Weise an sich gelöst“ in **§ 333 Satz 2**.
- Die **§§ 339 ff** zum Besitzschutz müssen dringend mit den neueren Bestimmungen des ZPO-Besitzstörungsverfahrens abgestimmt werden (insb kein Schadenersatzanspruch). Der Herausgabeanspruch gegen den Entzieher ist in **§ 346** eher versteckt geregelt.
- Der Anwendungsbereich des **§ 348** ist ausgesucht unklar.
- In den **§§ 349 und 352** ist von in Verlust geratenen bzw verlorenen Sachen die Rede, ohne dass Besitzverlust eintritt. Das steht in gewissem Gegensatz zu § 388 Abs 1, der „verloren“ mit „Gewahrsamsverlust“ gleichsetzt (und ohne Gewahrsame kein Besitz: § 309).

Terminologisches/Formales:

- viele unterschiedliche, zT wohl wenig präzise gebrauchte bzw schwer verständliche Begriffe; zB „rechtmäßiger Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen“ (wird durch Eintragung in das Grundbuch erlangt) in § 321; „Besitzer eines dinglichen Rechtes“ in § 343; Besitzer einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes“ in § 340 usw
- kuriose Begriffe: „der Gegenteil“ in § 351; der „Sachfällige“ in § 347 S 2
- „uns“ in § 315

de lege ferenda (Auswahl):

- Manches dazu findet sich bereits unter „wichtige Detailspekte“.
- **§ 347** könnte angesichts der moderneren und umfangreichen Regeln in § 458 ZPO und in den §§ 381 ff EO wohl ganz aufgehoben werden; zumindest wäre eine enge Abstimmung nötig.
- Die Systematik der Regelungen zum Besitzverlust (**§§ 349-352**) könnte verbessert werden. So stehen die §§ 351 f unter der Überschrift „anderer Rechte“, obwohl § 352 auch und gerade für den Sachbesitz gilt.
- Die Vorschriften über den aus gleich mehreren Gründen kaum mehr relevanten sog Buchbesitz (**§§ 321, 350**) sollten wohl zur Gänze gestrichen werden.