

## Der Gewahrsam im Zwangsvollstreckungsrecht: Alles klar dank BGH!

Prof. Dr. Dr. Hanjo Hamann, JSM (Stanford), Wiesbaden\*

|  |    |
|--|----|
| I. Der Gewahrsamsbegriff in Rechtssprache und -geschichte.....         | 29 |
| II. Der Gewahrsam im Straf- und Zwangsvollstreckungsrecht.....         | 30 |
| III. Gewahrsam: Besitz oder nicht Besitz, das ist hier die Frage ..... | 30 |
| IV. Besitz vs. Gewahrsam: Sachen- vs. Vermögensrecht? .....            | 31 |
| V. Der BGH klärt auf: Besitz ist Gewahrsam ist Besitz.....             | 32 |
| VI. Würdigung und Fazit .....  | 34 |

Der „Gewahrsam“ ist ein Grundbegriff nicht nur des Zwangsvollstreckungsrechts. Dennoch herrscht in der juristischen Ausbildung, aber auch in Schrifttum und Rechtsprechung, noch immer Unsicherheit über seine Definition und Abgrenzung zum ungleich vertrauteren „Besitz“. In jüngerer Zeit hatte der Bundesgerichtshof Gelegenheit zu Begriffsklärungen, deren didaktische Konsequenzen bislang noch nicht im Zusammenhang dargestellt wurden.

### I. Der Gewahrsamsbegriff in Rechtssprache und -geschichte

Der „Gewahrsam“ gehört zu den Grundbegriffen des deutschen Rechts.<sup>1</sup> Jurist:innen begegnet er in ganz verschiedenen Rechtsgebieten. Etwa im Straf(prozess)recht (§ 168 Abs. 1 StGB, §§ 94–99, 231 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StPO), im Polizeirecht (Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG, § 39 BPolG, § 57 BKAG), im Kapitalmarktrecht (§§ 6 Abs. 12 S. 4, 107 Abs. 7 S. 5 WpHG, § 18 Abs. 11 S. 4 WpPG), Umweltschutzrecht (§§ 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 69 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG) und natürlich im Zwangsvollstreckungsrecht (dazu unten III.).

Selbst dort, wo das Gesetz ihn gar nicht ausdrücklich verwendet (§ 855 BGB, §§ 184 Abs. 1 Nr. 6, 192a, 242 StGB), trägt der Gewahrsamsbegriff zur dogmatischen Systembildung bei. Damit stößt er sogar in Nachbardisziplinen der Rechtswissenschaft auf Interesse, wenn etwa Sprachwissenschaftler:innen gerade dort, wo das Gesetz schweigt, die Verwendung des Gewahrsamsbegriffs mit Methoden der rechtslinguistischen Frame-Semantik untersuchen: Im Strafrecht ebenso wie bei der zivilrechtlichen Besitzdienerschaft.<sup>2</sup>

Etymologisch ist der „Gewahrsam“ – das zeigt schon seine germanische Endung<sup>3</sup> – ein sehr alter Begriff. Seit mindestens einem Jahrtausend ist er in der Rechtssprache geläufig: Das Deutsche

\* Der Verf. ist Inhaber der Qualifikationsprofessur für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden. Der Beitrag beruht auf seiner Vorlesung „Zwangsvollstreckungsrecht mit Bezügen zum Kreditsicherungsrecht“ im Sommersemester 2022.

<sup>1</sup> Bezeichnend etwa seine Aufnahme bei Werner, in: Weber, Rechtswörterbuch, Ed. 29, 2022.

<sup>2</sup> Vgl. Busse/Felden/Wulf, Bedeutungs- und Begriffswissen im Recht: Frame-Analysen von Rechtsbegriffen im Deutschen, 2018, S. 100–169 zum Strafrecht, S. 231–236 zur Besitzdienerschaft.

<sup>3</sup> Vgl. Gesellschaft für deutsche Sprache, Was bedeutet die Endung -sam und woher kommt sie?, abrufbar unter [www.gfds.de/bedeutung-und-herkunft-von-sam-z-b-in-einsam](http://www.gfds.de/bedeutung-und-herkunft-von-sam-z-b-in-einsam) (30.1.2023).

Hamann: Alles klar dank BGH!

Rechtswörterbuch belegt ihn bereits um das Jahr 1080 im altfriesischen Recht (Ius municipale Frisonum).<sup>4</sup> Er kursierte deshalb unter Jurist:innen schon seit Hunderten von Jahren, bevor er Eingang in die ältesten heute noch geltende Gesetze fand – etwa StPO und ZPO, jeweils von 1877.

Schon das BGB allerdings, das fast 20 Jahre nach der ZPO datiert, verwendet den Begriff des „Gewahrsams“ gar nicht mehr. Lediglich § 793 BGB weist mit der Innehabung („Inhaber der Urkunde“) noch eine Spur der älteren Gewahrsamsterminologie auf.<sup>5</sup>

## II. Der Gewahrsam im Straf- und Zwangsvollstreckungsrecht

Trotz – oder gerade wegen – der lange zurückreichenden Geschichte und weiten Verbreitung des Gewahrsamsbegriffes gilt er als „ein Begriff, der es nicht leicht macht“. <sup>6</sup> Deshalb widmete sich vor zehn Jahren eine ausführliche Untersuchung dem Versuch, verschiedene sachenrechtliche Besitzarten und ihre jeweilige Korrespondenz sowohl zum zwangsvollstreckungsrechtlichen als auch zum strafrechtlichen Gewahrsam zu ergründen und zu systematisieren.<sup>7</sup>

Allein die Literatur zum strafrechtlichen Gewahrsam füllt ganze Bibliotheken.<sup>8</sup> Besondere Praxis- und Examensrelevanz erlangte sie zuletzt durch drei Geldautomatenfälle der Jahre 2017, 2019 und 2021, in denen der 2., 3. und 4. Strafsenat des BGH die jeweils gleichen Gewahrsamsfragen ganz unterschiedlich beantworteten.<sup>9</sup> Diese Problematik wurde schon andernorts vorgestellt<sup>10</sup> und bedarf hier keiner Vertiefung.

Vergleichsweise stiefmütterlich behandelt wurden dagegen neuere BGH-Entscheidungen der Jahre 2020 und 2021, die im Erbgroßherzoglichen Palais nur einige Räume weiter den I. Zivilsenat beschäftigten und ebenso wertvolle Klärungen des Gewahrsamsbegriffes erbracht hatten – wenn auch im Zwangsvollstreckungsrecht. Diese gilt es nun zu erörtern.

## III. Gewahrsam: Besitz oder nicht Besitz, das ist hier die Frage

Seit 1877 verwendet die *Civilprozeßordnung*, die wir heute als ZPO abkürzen,<sup>11</sup> den Begriff „Gewahrsam“ in drei Vorschriften, die heute als §§ 808, 809, 886 ZPO nummeriert sind. In den Jahren 1957

<sup>4</sup> Vgl. Deutsches Rechtswörterbuch, „Gewahrsam“, abrufbar unter [drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw-cgi/zeige?index=woerterbtext&term=gewahrsam](http://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw-cgi/zeige?index=woerterbtext&term=gewahrsam) (30.1.2023).

<sup>5</sup> So Jüchser, ZJS 2012, 195 (195 Fn. 12).

<sup>6</sup> Jüchser, ZJS 2012, 195.

<sup>7</sup> Jüchser, ZJS 2012, 195 (200).

<sup>8</sup> Allein in monographischer Form Heinsch, Der Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl, 2012; Werling, Der Gewahrsam als räumliches Phänomen, 1983; Schürhoff, Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff, 1976; Bittner, Der Gewahrsamsbegriff und seine Bedeutung für die Systematik der Vermögensdelikte, 1972; Figlestahler, Untersuchungen zum Gewahrsamsbegriff im Strafrecht, 1963; Milferstedt, Der Gewahrsamsbegriff im § 242 StGB, 1953; Schäfer, Der Gewahrsamsbegriff im modernen Diebstahlstatbestand mit besonderer Rücksicht auf die Entwicklung im 19. Jahrhundert, 1951; Etterich, Der Gewahrsamsbegriff bei der Amtsunterschlagung, 1950; Soltmann, Der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB, 1934; Haeger, Deckt sich der Begriff des unmittelbaren Besitzes des Bürgerlichen Gesetzbuches mit dem Gewahrsamsbegriff der §§ 242, 246 des Strafgesetzbuches?, 1932; König, Der Gewahrsamsbegriff des Diebstahlparagrafen im Reichsstrafgesetzbuch, 1914.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 16.11.2017 – 2 StR 154/17; BGH, Beschl. v. 21.3.2019 – 3 StR 333/18; BGH, Beschl. v. 3.3.2021 – 4 StR 338/20.

<sup>10</sup> Beispielsweise El-Ghazi, NStZ 2021, 427; Kudlich, JA 2021, 519; Lenk, NJW 2021, 1547; Bechtel, JR 2022, 37; Zivanic, NZWiSt 2022, 7.

<sup>11</sup> Formell wurde ihr Name freilich nie geändert, vgl. Fuchs, Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877, Historisch-synoptische Edition 1877–2021, abrufbar unter [www.lexetius.com/CPO/Titelei](http://www.lexetius.com/CPO/Titelei) (30.1.2023).

und 1990 traten mit § 739 ZPO und § 811c ZPO zwei weitere hinzu, denen sich 1999 Vorschriften über die Vollstreckung gegen „Mitgewahrsamsinhaber“ (§ 758a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 ZPO) hinzugesellten.

Dass das Gesetz in der zuletzt genannten Vorschrift von einem „Mitgewahrsam an der Wohnung des Schuldners“ spricht (§ 758a Abs. 3 S. 1 ZPO), widerlegt bereits die noch vor zehn Jahren vertretene These: „Das Gesetz gibt keine Antwort auf die Frage, ob Gewahrsam auch an Immobilien möglich ist.“<sup>12</sup> Vielmehr bejaht § 758a ZPO diese Frage eindeutig. Gleichwohl trifft es zu, dass der Gewahrsam in den anderen fünf genannten Vorschriften des achten Buches der ZPO („Zwangsvollstreckung“) vor allem als Schlüsselbegriff der Fahrnisvollstreckung fungiert, also der Vollstreckung in bewegliche Sachen. Wer eine solche Sache „im Gewahrsam“ hat, wird dem Zugriff staatlicher Vollstreckungsorgane ausgesetzt – Vollstreckungsschuldner:innen (§§ 808 Abs. 1, 2, 811c Abs. 1 S. 1 ZPO) oder herausgabebereite Dritte (§ 809 ZPO) jeweils der Gerichtsvollzieher:in, andere Gewahrsamsinhaber:innen (§ 886 ZPO) dem Vollstreckungsgericht.

Diese Abgrenzung der Vollstreckungszuständigkeiten (und damit der zulässigen Vollstreckungsmaßnahmen) nach der Inhaber:in des „Gewahrsams“ verleiht dem Begriff zentrale Systemrelevanz, obwohl er in nur sechs Vorschriften auftaucht und damit sogar seltener als der „Besitz“ im Zwangsvollstreckungsrecht.<sup>13</sup> Dem letztgenannten Begriff kommt eine vergleichbare Systemrelevanz dafür im materiellen Sachenrecht zu, was sich daran ablesen lässt, dass er das dritte Buch des BGB eröffnet – und zig weitere Male im BGB auftaucht.<sup>14</sup>

Wenn also das Zwangsvollstreckungsrecht Gewahrsam und Besitz nebeneinander verwendet – mitunter sogar im selben Satz (§§ 739 Abs. 1, 808 Abs. 1 ZPO)<sup>15</sup> – zugleich aber beide Begriffe je unterschiedlichen Systemzusammenhängen entstammen, fragt sich zwangsläufig: Wie verhalten sich der prozessuale *Gewahrsam* und der materielle *Besitz* zueinander?

#### IV. Besitz vs. Gewahrsam: Sachen- vs. Vermögensrecht?

Zum Verhältnis von Gewahrsam und Besitz wurden allerlei feinsinnige Unterscheidungen entwickelt.<sup>16</sup> Ein Definitionsversuch, der von Oberlandesgerichten gern zitiert wird,<sup>17</sup> zählt zum „Gewahrsam“ eines Schuldners alle Sachen, die „in äußerlich erkennbarer Weise seinem Machtbereich (seiner Herrschaft) unterliegen, durch den sie nach der Verkehrsauffassung als sein Vermögen ausgewiesen sind.“<sup>18</sup> Mit dem Definitionsmerkmal des „Vermögens“ verlässt diese Begriffsbestimmung das sachenrechtliche Bezugssystem. Denn für das Sachenrecht sind die Grenzen des Vermögens unsichtbar, die Dinge der Welt nur in „Gegenstände“ aufgeteilt. Ob jemand diese Gegenstände nach einer anderen Logik zu „Vermögen“ zusammenfasst, ist für das Sachenrecht genauso irrelevant wie es umgekehrt die Besitzverhältnisse für den Vermögensschutz nach § 263 StGB sind.

Diese Inkompatibilität der Begriffe verdeutlicht § 1085 BGB, wonach der Nießbrauch – also ein dingliches Nutzungsrecht – an einem „Vermögen“ nur dadurch bestellt werden kann, dass jeder vermögenszugehörige „Gegenstand“ einzeln mit einem solchen Nutzungsrecht belastet wird. Was

<sup>12</sup> Jüchser, ZJS 2012, 195 (199).

<sup>13</sup> Beispielsweise in §§ 727, 754 Abs. 2, 777, 805 Abs. 1, 831, 883 Abs. 2, 885 Abs. 1, 940a Abs. 2 ZPO.

<sup>14</sup> Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet allein den „Besitz“ 89-mal, sowie 257-mal in Komposita.

<sup>15</sup> Jungmann, WuB 2020, 580 (583) bedauert deshalb, die Zivilprozessordnung sei „terminologisch nicht sonderlich stringent“; zumindest in § 808 ZPO hat die Differenzierung allerdings ihren guten Sinn; dazu am Ende des Beitrags.

<sup>16</sup> Zu ihnen etwa (ablehnend) Gruber, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 808 Rn. 6.

<sup>17</sup> Beispielsweise OLG Stuttgart, Urt. v. 29.11.2011 – 12 U 85/10; OLG Oldenburg, Urt. v. 20.6.2012 – 3 U 97/11.

<sup>18</sup> Stöber, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 29. Aufl. 2012, § 808 Rn. 5; zit. etwa in Jüchser, ZJS 2012, 195 (197).

Hamann: Alles klar dank BGH!

schon für den Nießbrauch gilt, der außer an Sachen (§ 1030 BGB) immerhin auch an Rechten (§ 1068 Abs. 1 BGB) und Erbschaften (§ 1089 BGB) bestellt werden kann, gilt erst recht für den Besitz, der überhaupt nur für Sachen definiert ist (§ 854 Abs. 1 BGB). Wenn der Besitz sich nur auf Sachen, also *körperliche* Gegenstände (§ 90 BGB) beziehen kann, werden die anderen Gegenstände des BGB (rechtliche und sonstige, vgl. § 453 Abs. 1 S. 1 BGB) für die Besitzzuordnung praktisch unsichtbar. Das lässt sich etwa daran verdeutlichen, dass der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als Schutzgut nach § 823 Abs. 1 BGB („sonstiges Recht“) erst erfunden werden musste – was überflüssig gewesen wäre, wenn ein „Besitz am Unternehmen“ sachenrechtlich konstruierbar gewesen wäre.

Eingedenk dieser kategorialen Inkommensurabilität von Vermögens- und Besitzzuordnung liefe die oben zitierte Definition des Gewahrsams also darauf hinaus, vom *sachenrechtlichen* Besitz den *vermögensrechtlichen* Gewahrsam zu scheiden. Wäre der Gewahrsam allerdings Ausdruck der Vermögensverhältnisse, dann müsste er auch an Forderungen und anderen Rechten i.S.v. § 413 BGB sowie an sonstigen Gegenständen i.S.v. § 453 Abs. 1 S. 1 BGB bestehen können. Diese Konsequenz vertritt freilich niemand.<sup>19</sup> Auch ergibt sich aus § 70 Abs. 4 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA), dass in bestimmten Konstellationen „der Gewahrsam allein nicht genügend“ ist, sondern „vielmehr auch zu prüfen, ob die Sache zu dem Vermögen gehört, in das zu vollstrecken ist.“ Wäre die Zugehörigkeit zu einem Vermögen dagegen schon Definitionsmerkmal des Gewahrsams, bedürfte es dieser zusätzlichen Prüfung gar nicht.

Deshalb führt es nicht weiter, den Gewahrsam mit Bezug auf das Vermögen zu definieren. Auch er muss als dinglicher Begriff in Kategorien des Sachenrechts bestimmt werden. Dann aber wird zugleich eine trennscharfe Bestimmung seines Verhältnisses zum „Besitz“ nötig und möglich.

## V. Der BGH klärt auf: Besitz ist Gewahrsam ist Besitz

Der Bundesgerichtshof rückte den Gewahrsam jahrzehntelang immer wieder in die sprachliche Nähe des Besitzes,<sup>20</sup> betonte aber zugleich, „daß Obhut und Besitz oder Gewahrsam auch vom Wortsinn her nicht ohne weiteres gleichgestellt werden können“.<sup>21</sup> Diese Zurückhaltung des Jahres 1978 gab der *I. Zivilsenat* nun auf und lieferte 2020 erstmals eine konkrete Definition des Gewahrsams. Um diese Definition und ihre etwas umständliche Herleitung zu verstehen, sei zunächst der zugrundeliegende *Fall* skizziert:

*Fall:* Zwei Reihenhauseigentümer:innen wollten die Mieter:innen ihres Hauses nach § 546 BGB räumen lassen. Sie erwirkten beim Amtsgericht Alzey ein Versäumnisurteil gegen die beiden Mieter:innen gesamtschuldnerisch, doch dreieinhalb Monate später verstarb einer der beiden (wohl der Ehemann). Die Gerichtsvollzieherin verweigert daraufhin die Vollstreckung des Urteils, weil nach § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO die Zwangsvollstreckung erst beginnen darf, wenn „die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll“ im Titel bezeichnet sind, was auf die nach § 857 in die Besitz-

<sup>19</sup> Vgl. jüngst BGH, Beschl. v. 21.7.2022 – IX ZB 63/21: „Besitz an solchen Sachen zu erlangen, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden, [...] betrifft allein die Herausgabe von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Bei der Beschränkung auf Sachen handelt es sich [...] um kein Redaktionsversehen.“

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 30.1.1961 – III ZR 225/59: „Die Beklagte sei aber Eigentümerin zwar nicht der Grabdenkmäler (§ 95 BGB), wohl aber des Friedhofsgeländes [...]; sie erlange insbesondere an den Grabsteinen mit deren Aufstellung unmittelbaren Besitz und an der Grabstätte den alleinigen Gewahrsam“; BGH, Urt. v. 7.2.1966 – VIII ZR 240/63: „daß es für den Begriff der Wiederansichtnahme [nach § 5 AbzG, heute vgl. § 508 S. 5 Hs. 1 BGB] nach der Rechtsprechung nicht darauf ankommt, ob der Verkäufer den Besitz oder Gewahrsam wieder erlangt“.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 27.10.1978 – I ZR 114/76.

Hamann: Alles klar dank BGH!

stellung des Verstorbenen eingerückte Erbengemeinschaft noch nicht zutraf. Der Titel müsse daher zunächst auf die Erbengemeinschaft umgeschrieben werden.

Dem widerspruch der BGH und löste das Dilemma in vier Gedankenschritten auf:<sup>22</sup>

1. Gegen wen zu vollstrecken sei im Sinne von § 750 ZPO, bestimme sich für die Räumungsvollstreckung nach § 885 ZPO: Danach richte sich die Vollstreckung gegen „denjenigen, der den tatsächlichen Besitz an den Räumen innehat“.
2. Wer tatsächlichen Besitz innehat, ergebe sich aus einem Umkehrschluss zu § 886 ZPO, der den „Gewahrsam eines Dritten“ regelt: Demnach müsse auch „§ 885 ZPO den Besitz in Form des Gewahrsams“ im Sinne von § 886 ZPO meinen.
3. Dieser Gewahrsam sei „die von einem entsprechenden Willen getragene tatsächliche Sachherrschaft, die für den Gerichtsvollzieher äußerlich erkennbar sein muss“. Das aber „entspricht [...] dem unmittelbaren Besitz nach § 854 Abs. 1 BGB“, weil „auch der unmittelbare Besitz einer Sache [...] nach § 854 Abs. 1 BGB die tatsächliche Gewalt über sie voraus“ setze.
4. Der Erbenbesitz nach § 857 BGB sei dagegen kein unmittelbarer Besitz, sondern „nicht tatsächlich ausgeübt, das heißt fiktiv“: „Die tatsächliche Sachherrschaft kann nicht gesetzlich für jemanden bestimmt werden, dem sie fehlt. Ein mit Sachherrschaft verbundener Besitz des Erben entsteht erst durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt.“

Mit dieser etwas kuriosen Kapriole in Nrn. 1–3 („Besitz ist Gewahrsam ist Besitz“) stellt der BGH also den vollstreckungsrechtlichen Gewahrsamsbegriff mit dem sachenrechtlichen Begriff des *unmittelbaren* Besitzes gleich – auch wenn sich seine konkret gewählte Definition (oben Nr. 3) nicht genau deckt mit der für § 854 Abs. 1 BGB üblichen Umschreibung als im Einklang mit der Verkehrsauffassung festzustellende, „von einem natürlichen Besitzwillen getragene tatsächliche [unmittelbare] Machtbeziehung einer Person zu einer Sache“<sup>23</sup>.

Diese als „praktisch klar und dogmatisch beifallswert“ begrüßte Gleichsetzung,<sup>24</sup> die der *I. Zivilsenat* hier in einem bemerkenswert ausführlichen obiter dictum entwickelte,<sup>25</sup> bestätigte er kurz darauf im entscheidungstragenden Teil einer weiteren Entscheidung von 2021. Deren Tatbestand und Gründe waren weniger originell: Ein die Zwangsvollstreckung betreibender Energieversorger hatte – wiederum per Versäumnisurteil – einen Duldungstitel gegen den Schuldner erwirkt, die Entfernung seines Stromzählers zu dulden. Der Schuldner hatte jedoch nicht einmal einen Schlüssel zum abgeschlossenen Zählerraum, weshalb die Gerichtsvollzieherin die Vollstreckung ebenfalls einstellte. Diesmal gab der BGH ihr recht, weil ein „Gewahrsam des Schuldners im Sinne des unmittelbaren Besitzes nach § 854 Abs. 1 BGB“ offenkundig fehlte.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Nachfolgende Zitate aus BGH, Beschl. v. 30.4.2020 – I ZB 61/19.

<sup>23</sup> So Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 26.

<sup>24</sup> Würdinger/Herberger, NJW 2020, 3381.

<sup>25</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 30.4.2020 – I ZB 61/19: „Da das Beschwerdegericht [...] nicht vorschriftsmäßig besetzt (§§ 576 Abs. 3, 547 Nr. 1 ZPO) [war, ...] ist es unerheblich, ob sich der angefochtene Beschluss aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 577 Abs. 3 ZPO).“

<sup>26</sup> BGH, Beschl. v. 17.6.2021 – I ZB 68/20.

## VI. Würdigung und Fazit

Man mag sich durchaus fragen, ob der BGH im Fall von 2020 Besitz und Gewahrsam gleichstellen musste, um die Umschreibung auf Erbenbesitzer:innen zu vermeiden. Denn betrachtet man den Fall aus deren Perspektive, bedeutet die fehlende Anerkennung ihres Gewahrsams den Verlust jeglichen vollstreckungsrechtlichen Rechtsschutzes, obwohl § 857 BGB gerade dazu dient, ihnen materiell dieselben Besitzschutzrechte zuzuweisen wie unmittelbaren Besitzer:innen. Die Entscheidung des BGH stieß deshalb auf bedenkenswerte Kritik:

„Es hätte also einer an Funktionsweise und Zweck von § 857 BGB orientierten Analyse bedurft, warum Erben im Zwangsvollstreckungsrecht ‚Besitzschutz‘ erst mit Begründung der Sachherrschaft zukommen soll. Abgesehen vom Erfordernis der äußerlichen Erkennbarkeit werden sich dafür kaum überzeugende Argumente finden lassen.“<sup>27</sup>

Im konkreten Fall hätte der BGH sein Ergebnis immerhin auch dadurch erreichen können, dass er (nur) mit Blick auf den konkreten Wortlaut des § 885 ZPO das Tatbestandsmerkmal „tatsächlich“ abgelehnt hätte,<sup>28</sup> ohne den Erbenbesitz generell aus dem Gewahrsamsbegriff herauszunehmen.

Wenngleich einzelne Stimmen deshalb dem obiter dictum des BGH die Gefolgschaft verweigern,<sup>29</sup> liegt darin für Ausbildung und Praxis immerhin erstmals eine höchstgerichtliche Definition des vollstreckungsrechtlichen Gewahrsams. Wohlgemerkt bedeutet dessen Gleichsetzung mit dem *unmittelbaren* Besitz nicht, dass man fortan gar nicht mehr zwischen Gewahrsam und *Besitz* unterscheiden müsste. Völlig folgerichtig differenziert etwa § 808 Abs. 1 ZPO zwischen diesen beiden Begriffen, weil Gerichtsvollzieher die Pfändung auch dadurch bewirken können, dass sie die Sache in mittelbaren Besitz nehmen (§ 808 Abs. 2 ZPO), also gerade *nicht* in unmittelbaren Besitz = Gewahrsam.

Die Beschäftigung mit den aktuellen BGH-Entscheidungen schärft also das begriffliche Differenzierungsvermögen mindestens ebenso wie sie ein Bewusstsein dafür weckt, „wie nahe eine methodisch überzeugende Schlussfolgerung und ein Zirkelschluss beieinander liegen können“.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Jungmann, WuB 2020, 580 (584).

<sup>28</sup> Ähnlich Jungmann, WuB 2020, 580 (583): „Der Befund, Erbenbesitz sei im Rahmen von § 885 ZPO irrelevant, ist zwar zutreffend – aber nur, weil es im Zwangsvollstreckungsrecht um die Erkennbarkeit für den Gerichtsvollzieher geht“.

<sup>29</sup> Insbesondere Jungmann, WuB 2020, 580 (584).

<sup>30</sup> So Jungmann, WuB 2020, 580 (583 f.).