

Die
Lehre vom Besitz

nach Preussischem Rechte,

mit

Rücksicht auf das gemeine Recht und
die Materialien des Allgemeinen Landrechts

dargestellt

von

C. F. Koch,

Königl. Ober- Landesgerichts- Rathe.

60479

Zweite, ganz umgearbeitete und sehr
vermehrte Ausgabe.

Breslau,
bei Georg Philipp Ueberholz.

1839.

Lehrbuch der...

von...

...

...

...

...

...

Wiss. Allg. Bibliothek
des Bezirkes Potsdam
DDR 151 Potsdam
Heinrich-Rau-Allee 47

1960:4299

Vorrede

zur ersten Ausgabe.

Diese Abhandlung einer Materie, über deren Schwierigkeit und Verwickelung unter den Theoretikern des gemeinen Rechts allgemeine Klage herrscht, muß für weiter nichts als für einen Versuch genommen werden. Erkennt man an, daß schon im gemeinen Recht die Verschiedenheit der Meinungen nicht leicht in einer andern Materie größer ist, als in der hier abgehandelten: so räumt man wol ein, daß es noch viel bedenklicher, dieselbe nach den Grundsätzen unsers Landrechts zu behandeln. Bei dessen Abfassung war bestimmt, daß das Praktische aus dem Röm. Rechte vorzüglich aufgenommen werden sollte. Hierzu gehörte nun unbestritten auch die Lehre vom Besitz; und dieselbe hätte im Allgem. Landrecht sehr einfach dargestellt werden müssen, wenn man bloß das Praktischgültige des eigentlichen Röm. Rechts übernommen hätte. Allein man dachte sich un-

ter dem Röm. Rechte dasjenige, welches sich seit sechs bis sieben Jahrhunderten in Deutschland entwickelt hatte, und wie es im 18. Jahrhundert auf den Rechtsschulen gelehrt wurde; wenn schon in der Vorrede zum Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs bloß von dem Justinianischen Corpus juris die Rede ist. Es ist bekannt, daß das Rechtsstudium im 18. Jahrhundert im Ganzen nicht auf der höchsten Stufe stand, und daß insbesondere die, in der letzten Hälfte dieses Jahrhunderts herrschende, Nettelblatt'sche Schule das Recht von aller historischen Grundlage zu entblößen suchte. Diese hat bedeutenden Einfluß auf unser Landrecht gehabt, und das wissenschaftliche Studium desselben erfordert nichts Geringeres, als eine Untersuchung:

- 1) von welchen academischen Lehrern die Mitarbeiter bei Entwerfung des Gesetzbuchs ausgebildet worden sind, und welche Hauptansichten denselben in den einzelnen Materien eigen waren;
- 2) welche Schriften bei Abfassung des Landrechts hauptsächlich benutzt worden sind.

Letzteres ist der größten Schwierigkeit unterworfen.

Da nun diese Untersuchungen nicht zu besiegende Hindernisse mit sich führen: so muß es unmöglich werden, den Quellen nachzuspüren, aus welchen die vorliegende

Materie geflossen ist, in der fast jeder Rechtslehrer, wenn er im Ganzen sich auch zu einer bestimmten Theorie bekannte, doch noch immer seine eigenen Modificationen anbrachte. Die natürliche Folge hiervon mußte sein, daß zuletzt wenig mehr von dem Röm. Rechte übrig blieb; und daraus allein ist es erklärbar, wenn in allgemeinen Ausdrücken dem Röm. Rechte, besonders in dieser Materie, so viele Subtilitäten vorgeworfen werden, dem Allgem. Landrecht dagegen ganz besondere Einfachheit zugeschrieben wird, ohne jedoch an einzelnen Fällen speciell zu zeigen, worin sich das Eine oder das Andere gründe. So wird z. B. in der Vorrede zu der Lehre vom Besitz und Verjährung von Grävell, Seite XVI, dem Röm. Rechte unter andern Subtilitäten auch eine *possessio possessionis* vorgeworfen, aber nicht gezeigt, bei welcher Gelegenheit denn solche vorkomme. In der That hat daran ein Röm. Jurist nie gedacht. Es ist auch nicht gegründet, daß — wie es dort ferner heißt — das Rechtssystem durch Aufstellung des Begriffs von dem unvollständigen Besitze als eines neuen Begriffs gewonnen Die Sache ist nichts Neues.

Bei diesen Lücken in den Hilfsmitteln beim Studium des Allgem. Landrechts wird jeder wissenschaftliche Versuch noch lange mangelhaft ausfallen. Aber un-

erläßlich bleibt es, das Studium des Allgem. Landrechts soweit in Vergleichung mit seinen Quellen, und historisch zu treiben, als es an sich möglich ist. Das Landrecht hat so gut wie gar keine Literatur, wenn es ausgemacht ist, daß eine Menge Bücher allein eine solche noch nicht bilden; und von der Literatur der gemeinrechtlichen Jurisprudenz sind wir losgerissen. Wenn aber unser Landrecht eine eigne Literatur erhalten soll, d. h. wenn die juristische Beschäftigung von einem wissenschaftlichen Geiste belebt werden soll, so muß die aufgehobene Verbindung der alten Literatur mit der neuen wieder hergestellt werden. Man ist endlich zu der Ueberzeugung gekommen, daß nur ein historisches Studium das sichere Mittel für seinen Zweck ist, und daß nur auf wissenschaftlichem Wege eine sichere, gleichförmige Praxis erreicht werden kann.

Von dieser Ueberzeugung bei der vorliegenden Abhandlung ausgegangen, habe ich bei jedem Institut und dessen Einzelheiten zuerst eine Uebersicht des Röm. Rechts vorausgeschickt, darauf seine etwanige Umbildung durch die neuere Jurisprudenz gezeigt, dann die Grundsätze des Allgem. Landrechts folgen lassen, und so die Abweichungen des letztern mit ihren Gründen bemerklich gemacht. Uehnliche Vorarbeiten habe ich nicht benutzen

können. Um so mehr hat also dieser erste Versuch Anspruch auf Nachsicht. In der Anordnung bin ich dem Werke v. Savigny's gefolgt.

Schwedt, im December 1825.

Der Verfasser.

Vorrede

zur zweiten Ausgabe.

Die Unvollkommenheiten, Mängel und Irrthümer der ersten Ausgabe, so wie die Berücksichtigung dessen, was von der seitdem entstandenen Regsamkeit der preussisch-juristischen Literatur auch in dieser Materie hervorgebracht ist, erforderten eine gänzliche Umarbeitung dieses Buchs. Dabei bin ich bemüht gewesen, die Darstellung zu vervollständigen, einzelne Irrthümer zu berichtigen, manche Unebenheiten zu beseitigen und Unbestimmtheiten zu verbessern, auch, wie sich von selbst versteht, die im Druck erschienenen Materialien zum siebenten Titel des Allgem. Landrechts zu berücksichtigen, und die seit der ersten Ausgabe erlangte vieljährige Erfahrung zu benutzen. Die zweite Ausgabe kann als ein ganz neues Werk angesehen werden, indem sie nicht bloß um das Doppelte gewachsen, sondern auch von der ersten fast nichts unverändert stehen geblieben ist. Nur die Anordnung ist, mit unbedeutenden Abänderungen, dieselbe geblieben.

Halle, im December 1838.

Der Verfasser.

I n h a l t.

	Seite
Einleitung	1 — 10

I. Abschnitt.

Begriff des Besitzes	11 — 127
§ 1. Gewahrsam	11 — 15
§ 2. Natur des Besitzes	15 — 22
§ 3. Bedingungen des Besitzes	22 — 37
§ 4. Terminologie	37 — 55
§ 5. Wirkungen des Besitzes	55 — 103
§ 6. Ficta possessio	103 — 106
§ 7. Gegenstand des Besitzes u. Rechtsbesitz	106 — 116
§ 8. Subject. Compossessio	116 — 127

II. Abschnitt.

Erwerb des Besitzes	128 — 186
§ 9. Allgemeine Erfordernisse	128 — 130
§ 10. Von der Besitzergreifung (Corpus)	130 — 146
§ 11. Fortsetzung des vorigen §	146 — 153
§ 12. Von dem Willen, als zweiter Bedingung der Besitzerwerbung	153 — 172
§ 13. Von der Redlichkeit der Besitzergreifung	172 — 176
§ 14. Von der Erwerbung durch Stellvertreter	176 — 183
§ 15. Resultate	184 — 186

III. Abschnitt.

Verlust des Besitzes	187 — 231
§ 16. Im Allgemeinen	187 — 189
§ 17. Von dem Verlust des Besitzes durch körperliche Handlung 1) bei Sachen	189 — 204
§ 18. 2) bei Rechten	204 — 206

	Seite
§ 19. Von dem Verlust durch Animus	206 — 211
§ 20. Von dem Verlust durch Beides zugleich	211 — 212
§ 21. Von dem Verlust durch Eintritt eines viti possessionis	212 — 213
§ 22. Von dem Verlust durch Stellvertreter	213 — 228
§ 23. Vom Verlust des Mitbesizes durch einen Mit- besitzer	228 — 231

IV. Abschnitt.

Von den Schutzmitteln des Besitzes	232 — 302
§ 24. Im Allgemeinen	232 — 238
§ 25. Von der Selbsthilfe zum Schutz der Gewahr- sam. 1) Eigentliche Selbsthilfe	238 — 248
2) Widerspruch	248 — 249
§ 27. Von den Interdictis retinendae possessionis	249 — 273
§ 28. Interdicta recuperandae possessionis	273 — 286
§ 29. Form der possessorischen Rechtsmittel	287 — 294
§ 30. Actio in rem Publiciana und sonstige auf Wiedererlangung des Besitzes gerichtete Klagen	294 — 302

Einleitung.

1. Quellen.

Die Spaltung der Meinungen über die Entstehung des Rechts ist bekannt. Während von der einen Seite behauptet wird, daß es außer dem Willen des Gesetzgebers keine Quelle des Rechts gebe, verlangt man von dem Gesetzgeber anderer Seite, das Recht als Thatsache zu behandeln, und schreibt ihm blos die Befugniß zu, diese Thatsache nach richtiger Erkenntniß festzustellen. Die Lehre vom Besitz giebt einen Beweis für die Richtigkeit der letztern Meinung; denn in Wahrheit läßt keine andere Lehre besser als sie erkennen, daß das Civilrecht von gesetzgeberischer Willkühr unabhängig sei. Man hat dieß als eine Besonderheit der Lehre vom Besitz bezeichnet ¹⁾, während der Besitz zu jedem andern Rechtsinstitut, in Beziehung auf Unnachgiebigkeit gegen willkürliche Modelung, sich nur wie Mehr gegen Weniger verhält. Die Redactoren des Allgemeinen Landrechts, von der erstern Ansicht ausgehend, sind in manchen Nebendingen auch in dieser Materie von dem Bestehenden abgewichen; aber das absichtlich Erfundene ist todter Buchstabe geblieben. Im We-

1) Die Gesetz-Revisoren sagen: „die Lehre vom Besitz gehört so sehr, wie kaum irgend eine andere, der Wissenschaft an, sie hat ihr Dasein beinahe nur im Bewußtsein der Rechtsverständigen, und ihre Entwicklung geht daher vorzugsweise vom Lehrstuhle aus.“ Gesetz-Revision. Pensum XIII. Motive zu dem Entwurf der Tit. 2, Tit. 7 zc. S. 22.

sentlichen haben sie jedoch den vorgefundenen Zustand feststellen wollen, und sie haben ihn festgestellt wie sie ihn erkannt haben. Die Erkenntniß-Quelle sollte, nach der eigenen Erklärung der Redactoren, das Römische Recht sein, ganz natürlich aus dem Grunde, weil das Institut, fertig und ausgebildet, aus dem römischen Rechte angenommen worden ist und bis dahin keine eigenthümliche Gestaltung durch vaterländische Gesetzgebung erfahren hatte. Was von einer, dem Grundprincip des Preuß. Volks entsprechenden, Entwicklung einer eigenthümlichen Besitztheorie berichtet worden ist ²⁾, beruht bloß in der Einbildung. In Preußen war bis dahin weder „eine eigenthümliche Rechtstheorie aufgestellt,“ noch hatten die Preußen eine ihrem Grundprincip entsprechende eigenthümliche Besitztheorie gefunden. Darum und weil in den preussischen Landen hierin das nämliche römische Recht wie in Deutschland galt, paßt es nicht, in besonderer Beziehung auf das preussische Recht für „unangemessen zu erklären, wenn von einem abstracten oder fremdartigen Standpunkte aus über die Besitztheorie dieses oder jenes Volks abgesprochen, und namentlich die Römische als Maafstab für alle anderen Rechtssysteme hingestellt wird.“ Denn bisher hat man das römische Recht nur für das dem gemeinen Rechte einverleibte römische Recht selbst, nicht für alle andern Rechtssysteme, in dieser Materie als Maafstab hingestellt; und in sofern dieses gemeine Recht die Quelle des Landrechts ist oder sein soll, giebt es keinen andern Maafstab. Wenn aber auch nach diesem Maafstabe jetzt oder später erkannt wird, daß Einzelheiten an dem von auswärts vollendet angenommenen Institute mißverstanden und dadurch verändert angewendet worden sind, so muß darum noch nicht der einmal bestehende Rechtszustand willkürlich geändert werden, falls es richtig, daß ein Rechtszustand mit diesen Abweichungen wirklich vorhan-

2) Bornemann in seinem Civilrecht, Bd. I. S. 459.

den ist. Das römische Recht kann daher freilich nicht als unmittelbare Quelle des Landrechts angesehen werden; diese sollte der damalige wirkliche Rechtszustand, d. h. das sogenannte gemeine Recht, in seiner damals geltenden Gestalt, sein. Die erste Aufgabe eines Commentators des Landrechts in der Lehre vom Besitz würde also sein, die über den Besitz zu jener Zeit gegoltenen Rechtsätze auszumitteln. Wenn man Darstellungen neuerer Schriftsteller liest, so könnte man glauben, daß darüber nie ein Zweifel statt gefunden hätte. So heißt es z. B. in der oben (Not. 2) angeführten Schrift, (Bd. I. S. 466), nachdem der Verfasser die römischen Grundsätze nach seiner Meinung vorgetragen hat: „So kam die Lehre zu den Deutschen. — Die römische Besitztheorie kam indessen sofort mit der deutschen Rechtsitte und dem Christenthum in Conflict³⁾. Mit jener, indem die derselben angehörige Lehre von der Gewere eine Erweiterung der Besitzobjecte wie der dinglichen Rechte erheischte⁴⁾. Mit diesem, indem dasselbe an alle christliche Völker die Aufgabe stellte, jede der christlichen Sittlichkeit widersprechende Willensäußerung für nicht erfolgt zu achten. Hierzu kam noch, daß sich auch der Begriff des Eigenthums erweiterte, daß nämlich nicht bloß die einer Person gehörigen körperlichen Sachen, sondern auch alle in dem Vermögen (in bonis) eines Menschen befindlichen Rechte zum Eigenthum gerechnet wurden.“ — Dieser Behauptung muß durchaus widersprochen werden. Kein Rechtsverständiger hat jemals Rechte zum Gegenstande des Eigenthums im eigentlichen Sinne gemacht. Auch die Redactoren des Landrechts kannten das Eigenthum sehr wohl als

3) Die Franzosen waren ja auch Christen und hatten auch germanisches Recht. Warum soll also dieser Conflict bloß bei den Deutschen eingetreten sein?

4) Die Lehre von der Gewere kennt keine Rechte als Objecte des Besitzes. M. s. Albrecht, die Gewere. Königsberg, 1828.

eine Species der Rechte, und betrachteten es keinesweges als ein so allgemeines Recht, welches alle möglichen übrigen Rechte unter sich begriffe. Dies beweisen die Materialien klar. Zu dem ersten Entwurf des Titels vom Besitz heißt es z. B. in den Bemerkungen von v. Levenar:

Zu § 1. „Da der Besitz sich über körperliche und unkörperliche, bewegliche und unbewegliche Sachen, über Standes-, Eigenthumsrechte und Dienstbarkeiten, auch über Personalforderungen erstreckt u.“

Zu § 4—7. „Da der Besitz nicht bloß auf das Eigenthum, sondern, wie ich bei dem § 1 bemerkt habe, auch auf viele andere Rechte sich erstreckt u.“⁵⁾

Wenn der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens in der Wissenschaft maassgebend sein könnte, so würde z. B. überhaupt der Besitz das Hauptrecht sein; denn jeder Gutsherr wird nicht Guts eigenthümer sondern Gutsbesitzer genannt. Der Verfasser fährt fort: „Demnach kamen die gemeinrechtlichen Juristen zu folgenden — Modificationen der Römischen Theorie:

Im Besitz und resp. Quasibesitz können nicht nur körperliche Sachen und dingliche Rechte, sondern auch alle andere Rechte sein. — Sonach hat nach gemeinem Recht z. B. der Pächter einen Quasibesitz seines Pachtrechts, und kann daher — eine Possessorienklage anstellen.“

Es würde ein Gewinn für die Rechtswissenschaft gewesen sein, wenn der Herr Verfasser dieses nicht bekannte gemeine Recht und die „gemeinrechtlichen Juristen“ nachgewiesen hätte. In den Schriften der gemeinrechtlichen Juristen, unter welcher allgemeinen Bezeichnung doch Alle ver-

5) Simon's und v. Strampff's Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preuß. Rechts. Bd. III. S. 116 u. 119.

standen werden müssen, ist darüber nichts zu finden. Vergleicht man diese Schriften, so finden sich unter der großen Anzahl kaum Zwei, welche in ihren Meinungen über den Besitz ganz übereinstimmen. Die Wahrheit ist, daß sich wegen der allgemeinen Sprach- und Begriffsverwirrung aus diesen Schriften der wahre Rechtszustand schwer erkennen läßt. Hierin liegt die Schwierigkeit, die eigentliche Quelle, aus welcher die Redactoren des Landrechts in der vorliegenden Materie geschöpft haben, zu finden. Die Redactoren selbst waren auch, wie die Materialien ergeben, keineswegs in ihren Ausdrücken und Begriffen übereinstimmend. Um zu einem richtigen Verständniß des Landrechts, besonders in der Lehre vom Besitz, zu gelangen, muß man die Meinungen der einzelnen Redactoren und die Autoren kennen, deren Schriften besonders benutzt worden sind. Durch die Herausgabe der Vorarbeiten zu dem Landrecht⁶⁾ ist darüber Einiges bekannt geworden. Nach demselben sind die sogenannten Pachaly'schen Materialien — Auszüge und Zusammenstellungen aus den Rechtsbüchern und aus den Schriften der Rechtsgelehrten mit Bemerkungen, vom Generalfiskal Pachaly — die Grundlage. Aus denselben stellte Klein die Sätze, welche er für das Gesetzbuch geeignet hielt, zusammen, Kircheisen monirte diese Arbeit, und machte eine eigene Ausarbeitung. Dieser Entwurf wurde von Suarez revidirt und mit den Revisionsbemerkungen von Kircheisen, in Gegenwart von Klein und Suarez, dem Großkanzler vorgetragen, wobei Suarez die conclu-

6) In der, in der vorigen Note genannten Zeitschrift, Bd. III. Auch unter dem besondern Titel: Materialien des allgemeinen Landrechts zu den Lehren von Gewahrsam und Besitz, und von der Verjährung; herausgegeben mit Genehmigung Ihrer Excellenzien, der Herren Justiz-Minister, von Dr. August Heinrich Simon, Geh. Ober-, Justiz- und Revisions-Rathe, und Heinrich Leopold von Strampff, Kammergerichts-Rathe. Berlin, 1836.

birten Abänderungen niederschrieb. Klein arbeitete hiernach den Entwurf um ⁷⁾. Aus dieser Umarbeitung ist, ebenfalls von Klein, der s. g. erste (ungedruckte) Entwurf ausgearbeitet, und dieser den fünf Mitgliedern der Gesetz-Commission Scherer, Könen, Scholz, Heidenreich und Lamprecht, so wie dem Präsidenten von Tevenar zu Magdeburg, ad monendum vorgelegt worden. Die eingegangenen Monita revidirte Suarez, der auch alsdann, nach den Entscheidungen des Großkanzlers, den zum Druck beförderten Entwurf umarbeitete ⁸⁾. In Folge der Bekanntmachung des Entwurfs gingen viele Monita ein, welche bedeutende Abänderungen veranlaßten, wobei noch eine bisher nicht thätig gewesene Person, der Geheime Ober-Revisions-Rath Gofler, der die Monita über das Sachenrecht, mit Inbegriff der Lehre vom Besitz, extrahirte und mit seinen Bemerkungen begleitete, mitwirkte. Die Umarbeitung des Entwurfs, nach welchem der Abdruck des Gesetzbuchs ausgeführt wurde, besorgte, namentlich in dieser Materie, wieder Suarez ⁹⁾. Außer den Monenten sind also Pachaly, Klein, Kircheisen, Gofler, Suarez und der Großkanzler als diejenigen zu bezeichnen, aus deren Meinungen und Ansichten der siebente Titel hervorgegangen ist. Will man die Quellen des Landrechts in der Lehre vom Besitz bestimmter angeben, so sind es:

1. die in den Vorarbeiten von Klein und Kircheisen allegirten Schriften von Berger, Leyser, Voet, Strube und Wernher;
2. die Auszüge und Compilationen von Pachaly, unter welchen sich ein Aufsatz *de possessione* befindet ¹⁰⁾,

7) Ebend. S. V u. 41.

8) Ebend. S. 105.

9) Ebend. S. 185 u. f.

10) Materialien, Bd. VII. Fol. 50 — 57.

welchen die Herausgeber der Materialien (Note 6) darum nicht mitgetheilt haben ¹¹⁾, weil diese sich nur auf den damaligen Rechtszustand beziehende Arbeit nicht zum unmittelbaren Verständniß des Landrechts dienen und überdieß kein klares lichtvolles Bild des gemeinen Rechts jener Zeit vorführen soll ¹²⁾;

3. die verschiedenen Entwürfe, Monita und Bemerkungen über die Monita, welche Materialien, dem wesentlichen Inhalte nach, wie gedacht, nunmehr dem Publikum mitgetheilt worden sind.

Betrachtet man den damaligen Standpunkt der Wissenschaft überhaupt, und beurtheilt man den Grad der rechtswissenschaftlichen Bildung einzelner Mitarbeiter nach ihren in den veröffentlichten Materialien niedergelegten Äußerungen, so erscheint das endliche Ergebnis, wie es in dem siebenten Titel des ersten Theils vorliegt, ungeachtet seiner Mängel, als ein über alle Erwartung gelungenes Erzeugniß seiner Zeit, welches der jetzigen, sich einer bessern Einsicht rühmenden, Nachwelt Achtung gegen den gesunden und durchdringenden Verstand seines eigentlichen Urhebers abdringt.

Man hat bemerkt, daß dieser Theil des Landrechts weniger als alle andern zu Anfragen und Erläuterungen

11) Simon u. v. Strampff a. a. D. Vorrede S. V.

12) Ein solches Bild findet sich nirgend und kann sich nicht finden, weil man in den Begriffen nicht übereinstimmte und jeder etwas Anderes meinte. Es läßt sich also nur von einem Bilde des vermeintlich gemeinen Rechts nach der Vorstellungsweise einer bestimmten Person reden; und insofern P a c h a l y nach seiner Auffassungsweise den damaligen Rechtszustand darstellt, ist seine Darstellung gerade diejenige, welche bei der Erklärung des Landrechts das meiste Interesse darzubieten scheint. Wahrscheinlich wird er sich auch auf Autoritäten berufen.

Beranlassung gegeben hat, und will diesen Umstand, außerdem daß dieser Gegenstand mehr der Wissenschaft als dem Gesetze angehöre, vorzüglich dem innern Werthe und der Konsequenz in den einzelnen Bestimmungen zuschreiben ¹³). Der Grund davon ist aber darin zu suchen, daß nach der vaterländischen Rechtsverfassung zu Anfragen so wie zu Rechtsbelehrungen und Declarationen hier das practische Bedürfniß fehlt. Besitzstreitigkeiten kommen nur in Form von Prozessen vor den Richter, mithin fällt dabei der Theil der richterlichen Thätigkeit, welcher hauptsächlich die Anfragen und Declarationen veranlaßt, nämlich die eigentlich nicht zum Richteramt gehörigen aufsehenden, verwaltenden oder vollziehenden Einschreitungen, fort. Dann ist unter hundert Rechtsfachen erst Ein Possessorien-Prozeß, und unter hundert Besitzstreitigkeiten ist kaum Eine, welche in Beziehung auf den Rechtspunkt zweifelhaft ist oder die doctrinellen Streitpunkte berührt. Wird diese nun auch materiell wirklich unrichtig entschieden, so kann der Fehler, mag er im Gesetze oder im Verstande des Richters liegen, wieder nicht zur Sprache kommen, weil das Urtheil unangreifbar ist ¹⁴), und — was die Hauptsache ist — das Recht zum Besitz in vielen Fällen in eben so kurzer Zeit als eine nutzlose Beschwerde gegen das Possessorien-Erkenntniß auszuführen sein wird, und überdies ein Angriff des Letztern im allergünstigsten Fall Zeit und Kosten gar nicht lohnen würde, weil am Ende doch in der Sache selbst damit nichts gewonnen wäre.

2. Literatur.

Die Zahl der, vorzugsweise dem preussischen Rechte gewidmeten, Schriften über den Besitz ist klein. Es sind nach chronologischer Ordnung folgende:

13) Motive der Gesetz-Revis. a. a. D. S. 22.

14) Nur das erst durch die Verordn. v. 14. Decbr. 1833 eingeführte außerordentliche Rechtsmittel der Richtigkeitsbeschwerde ist jetzt zulässig.

1. Erläuterung der Rechts-Theorie vom Schaden-Ersatz aus unerlaubten Handlungen, vom Besitz, vom Eigenthum und von einigen Erwerbs-Arten des Eigenthums, besonders durch Erb-Anfall, nach den Grundsätzen des allgemeinen preussischen Landrechts in Verbindung mit dem römischen Rechte, von C. W. Ludwig, Königl. Preuß. Ober-Landesgerichts-Rath. Slogau. gr. 8. Die unter der Vorrede stehende Jahreszahl 1812 fehlt auf dem Titelblatt. Der zweite Abschnitt, S. 106 bis 259 handelt vom Besitz.

Eine geist- und geschmacklose Schrift, in welcher Alles durch einander läuft und das Einheimische von dem Fremden nicht zu unterscheiden ist, nicht zu gedenken, daß die Mittheilungen aus dem Römischen Rechte keine großen Vorstellungen von der Gelehrsamkeit des Verfassers erwecken. So liest man z. B. S. 110: „Der eigentliche Besitz einer Sache kann *animo rem iure dominii s. pro mea habendi* verbunden sein oder nicht, im letztern Falle gründet sich der Besitz auf ein vom *dominio* verschiedenes Real- oder auch anderes Gebrauchs- oder Nutzungsrecht. Ersteres wird gewöhnlich von den Römischen Rechtslehrern *possessio civilis in sensu stricto*, letzteres *possessio naturalis* genannt *cf. L. 22 § 1 ff. de noxal. act. L. 13 § 1 ff. de public. in rem act. L. 12 pr. ff. de acquir. vel amit. poss.* Solchergestalt sind z. B. Pfand-Inhaber (P. I. T. 20 § 117.) Commandatarien (Commodatarien), Pächter, Miether und Usufruktuarien im Natural-Besitz u. s. w.“ (Ob dies Römisches Recht sein soll?)

2. Die Lehre vom Besitz und von der Verjährung, nach Preussischem Recht, mit Hinweisung auf das Römische und Canonische, von Grävell, Halle, 1820. gr. 8.

Soll man diese Schrift classificiren, so muß man sie zu denjenigen Schriften zählen, welche sich mit

der Interpretation der Geseze beschäftigen. Sie enthält den Text des Landrechts und Bemerkungen dazu in Form von Noten.

3. Die erste Ausgabe dieses Buches, Berlin 1826.

4. Das dritte Buch des ersten Bandes des preussischen Civilrechts von Bornemann, Berlin 1834, S. 445 — 592.

5. Studien zur Lehre vom Besitz, von Simon und von Strampff; in der Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preussischen Rechts, Bd. III. S. 603 — 634.

Erster Abschnitt.

Begriff des Besizes.

§. 1.

Gewahrsam.

Der Begriff des Besizes im Allgemeinen geht von dem factischen Zustande aus ¹⁾, in welchem auf **eine Sache** willkürlich und **ausschließlich eingewirkt** werden kann. Die als vorzüglich vorausgesetzte Handlung soll also überhaupt eine Einwirkung sein. Das Gesetz ²⁾ bedient sich des zweideutigen Ausdrucks: „verfügen,“ der schon bei der Redaction Mißverständnisse veranlaßte, indem ein Moment denselben auf Willenserklärungen bezog und für gleichbedeutend mit „disponere“ nahm. Die Redactoren bemerkten aber darauf, daß hier darunter nur eine solche Willensäußerung gemeint sei, mit welcher eine körperliche Einwirkung auf die Sache verbunden ³⁾. Der Gegenstand dieser Einwirkung kann nur eine Sache ⁴⁾ sein,

1) Der Klein'sche und Kirchheim'sche Entwurf stellten eine Definition des Besizes an die Spitze und kamen erst später auf die Gewahrsam. Bei dem Vortrage des aus der Umarbeitung der Kirchheim'schen Arbeit hervorgegangenen s. g. ersten Entwurfs wurde concludirt: „Es soll vom Gewahrsam ausgegangen werden.“ Zeitschrift a. a. D. S. 117. 119.

2) K. E. R. I. 7 §. 1.

3) Gofler. Zeitschrift a. a. D. S. 206.

4) K. E. R. a. a. D. §. 1.

weil eine körperliche Einwirkung auf ein Recht nicht gedacht werden kann⁵⁾. Endlich muß der Einwirkende in der Lage sein, gleichzeitig jeder fremden Einwirkung thätlichen Widerstand entgegensetzen zu können, ohne daß gerade das Vermögen erforderlich wäre, fremde Einwirkung mit Erfolg abzuwehren oder wirklich auszuschließen⁶⁾. Diesen

5) Der gedruckte Entwurf hatte im §. 1 d. T. den Beifas: „oder Recht,“ wogegen der Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts richtig monirte, daß Gewahrſam bloß eine körperliche Sache zum Gegenstande habe. Gofler meinte zwar darauf, daß der rechtliche Begriff von der Detention nicht bloß auf körperliche Sachen eingeschränkt sei, sondern sich auch auf Rechte erstrecke; Suarez aber bemerkte in seiner revisio monitorum dagegen, daß nur von körperlichen Sachen gesagt werden könne, sie seien in der Gewahrſam; Gewahrſam der Rechte sei wider den Sprachgebrauch; Rechte würden nur besessen. In Folge dessen wurde der Beifas: „oder Recht,“ fortgelassen. Zeitschrift a. a. D. S. 206 und 208.

6) Gehörte dieses Vermögen zum Begriff der Gewahrſam, so müßte Vielen der Besiz abgesprochen werden, die ihn ganz unzweifelhaft haben. Man könnte bei der Durchsicht der Materialien glauben, daß die Redactoren sich dieses Vermögen als erforderlich gedacht hätten. Das Merkmal der Ausschließlichkeit nämlich war in den gedruckten Entwurf nicht aufgenommen worden. Ein unbekannter Monent machte darauf durch die Bemerkung aufmerksam: daß derjenige, welcher mit einer Art im Walde gehe, das physische Vermögen habe, über die Bäume zu verfügen, aber doch nicht Inhaber des Waldes genannt werden könne; und hierauf äußerte Suarez in der revisio monitorum: „das bloße physische Vermögen, über eine Sache zu verfügen, ist zum Begriff der Gewahrſam noch nicht hinreichend. Es muß mit dem Vermögen, Andere von der Sache auszuschließen, verbunden sein; z. E. wer mit einer Art in den Wald geht, hat das Vermögen, über jeden Baum in dem Walde zu verfügen; er hat aber noch keinen in seiner Gewahrſam.“ Zeitschrift a. a. D. 202 u. 208.

Zustand nennt die Schule des Gemeinen Rechts Detention; das Allg. Landrecht: Gewahrsam; die Person, die sich in diesem Zustande befindet⁷⁾, der Detentor des Römischen Rechts, wird in der Sprache des Landrechts Inhaber genannt. Alle Merkmale des Begriffs der Gewahrsam sind im §. 1. d. T. so angegeben: „Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam und wird Inhaber derselben genannt.“ Das Bewußtsein kommt dabei gar nicht in Betracht; es gehört nicht zum Begriff der Gewahrsam, die Absicht, welche damit möglicherweise verbunden sein kann, irgend wie mit auszudrücken: die Gewahrsam ist etwas rein Körperliches. Dieser thatsächliche Zustand, dem Eigenthum als rechtlichem Zustande correspondirend, ist an sich nichts juridisches; er steht aber außer dem, daß in ihm die Ausübung des Eigenthums liegt⁸⁾, noch in Beziehung auf andere juristische Begriffe, und wird als Bedingung und Quelle von gewissen Rechten betrachtet⁹⁾; oder mit andern Worten, er erzeugt, außer seiner Beziehung auf das Eigenthum, besondere Rechte und Verbindlichkeiten, woraus ein Recht des Besitzes (ius possessionis) entsteht. Dieses Besitzrecht (jus possessio-

7) „Gewahrsam ist nicht ein Zustand der Sache, sondern es ist der Zustand des subjecti, welches die Sache an sich hat,“ bemerkt Suarez zum Kircheisen'schen Entwurf. Zeitschrift S. 60. Dabei dachte er an die subjective Beziehung, wodurch aber nicht ausgeschlossen ist, die Gewahrsam auch im objectiven Sinn einen Zustand zu nennen.

8) „Der Besitz im allgemeinen Verstande, ist die Ausübung eines Rechts. — Der Besitz einer Sache ist die Ausübung der Eigenthumsrechte“ v. Tevenar. Zeitschrift S. 116.

9) „Hier, wo der Besitz bloß als eine allgemeine Quelle von Sachenrechten, betrachtet wird.“ — Suarez. Zeitschrift, S. 111.

nis), d. h. die Bedingungen und Wirkungen des Besitzes, nicht aber das Recht zu besitzen (jus possidendi), d. h. die rechtliche Befugniß oder die verschiedenen Rechtstitel zum Besitz, ist Gegenstand dieser Darstellung. Die Redactoren des Landrechts haben Beides nicht scharf genug getrennt. Die ursprünglichen Entwürfe zeigen eine gänzliche Vermengung beiderlei Verhältnisse ¹⁰⁾ und einzelne Mitarbeiter konnten einen reellen Unterschied nicht herausfinden. Gossler bemerkte z. B. auf die gegen den §. 94. des gedruckten Entwurfs eingegangenen Monita: „der bisherige Unterschied zwischen dem jure possessionis und dem jure possidendi ist eine bloße Spitzfindigkeit, die manche Verwirrung veranlaßt hat, und keine Ausnahme in das Gesetzbuch verdient. Das jus possessionis ist und kann nichts weiter sein, als das im §. 96 sqq. beschriebene Recht des Inhabers. Es gründet sich also nicht auf Besitz, sondern bloß

10) In dem aus der Umarbeitung der Kircheisen'schen Arbeit hervorgegangenen Entwurfe heißt z. B. §. 2. „Wer ohne allen rechtlichen Grund besitzt, wird ein bloßer Inhaber genannt.“

§. 6. „Ein allgemeiner Titel auf einen Inbegriff von Sachen rechtfertigt nicht das Eigenthum auf einzelne Stücke.“

§. 17. „Der Fehler der Erwerbung liegt in der Person des jetzigen Besitzers, wenn demselben Eigenschaften, welche ihn zum Besitze der Sache fähig machen, ermangeln.“

§. 18. „Erst von der Zeit an, da diese Unfähigkeit gehoben worden, kann der Besitz für vollständig angesehen werden.“

§. 49. „So weit der Eigenthümer selbst über die Sache nicht verfügen darf, kann er auch deren Besitz Anderen nicht einräumen.“

§. 83. „Wenn ein Recht dem Einen zusteht, so kann der Andere solches nicht ausüben, ohne einen besondern Rechtsgrund nachzuweisen.“

Zeitschrift, S. 116. 119. 122. 135. 144.

auf Gewahrsam. Das jus possidendi hingegen wird ein wahres Unding, wenn man es von dem vermutheten Eigenthum, welches die einzige wirkliche rechtliche Wirkung des Besizes ist, unterscheiden wollte" ¹¹). Suarez sagt dagegen aber in der Vorbemerkung zu seiner revisio monitorum: „Ich bemerke, daß das jus possessionis und das jus possidendi nicht hinlänglich unterschieden werden, woraus viele Dunkelheiten, Vorgriffe in andere Materien, scheinbare Widersprüche und andere Unrichtigkeiten entstanden sind. Hier, wo der Besiz bloß als eine allgemeine Quelle von Sachenrechten betrachtet wird, kann bloß de jure possessionis, d. h. von den Rechten und Pflichten, welche ex facto seu statu possessionis entspringen, die Rede sein" ^{1c}. — „Ich glaube daher, daß man hier bloß von den Rechten und Pflichten sprechen muß, welche dem Besizer zukommen, quia possidet, ohne sich noch zur Zeit um den Rechtsgrund seines Besizes — zu bekümmern" ¹²). In Folge dessen sind denn auch die Bestimmungen über den Besiz von den Einmischungen des Rechts zu besizen, so ziemlich gereinigt worden.

§. 2.

Natur des Besizes.

Der Streit der gemeinrechtlichen Juristen über die Natur des Besizes ist in der neuesten Zeit heftiger als jemals. Indem von der einen Seite der Besiz für ein bloßes Fac-

11) Ebend. S. 277.

12) Ebend. S. 111. Zu §. 83 des Entwurfs bemerkt er: „Es ist nicht die Frage, was er zu thun befugt ist, sondern was er wirklich thut, und was daraus für rechtliche Folgen entspringen.“

tum, welches Rechte wirke, erklärt wird¹⁾), hält man ihn von der Andern für ein Recht an sich, jeder selbstständige Verfechter dieser Ansicht hat aber wieder seine besondere Meinung über die Beweisgründe und über die Natur dieses Rechts²⁾). Die Meisten halten ihn für ein Recht an der Sache und stellen ihn an die Spitze der *jura in re*³⁾). Verläßt man diese Ansicht, erkennt man den Besitz an sich für ein bloßes Factum, wodurch wie durch andere Handlungen und Thatfachen, die an sich kein Recht sind, rechtliche Wirkungen hervorgebracht werden⁴⁾), so ist mit v. Savigny für wahr zu halten, daß das Recht, welches

1) v. Savigny, das Recht des Besitzes, §. 6, besonders die Zusätze der 6. Aufl. S. 40 u. f. — Glück Commentar Bd. II. S. 581.

2) Die vorzüglichsten Schriftsteller, welche diese Ansicht von neuem zu begründen gesucht haben, sind: Gans, System des Römischen Civilrechts im Grundrisse, Berlin 1827, S. 202 u. flg. — Puchta im Rheinischen Museum, Bd. 3 S. 289. flg. — v. Thaden über den Begriff des Römischen Interdictenbesitzes, Hamburg 1833, S. 14 flg. — Haffe im Rheinischen Museum, Bd. VI (1833) S. 183 flg. — Eine Kritik dieser Ansichten findet sich in der 6ten Auflage der v. Savignyschen Schrift über den Besitz, Gießen 1837, S. 46 u. flg. — Etwas ganz Besonderes ist die Schrift: die bonae fidei possessio oder das Recht des Besitzes, von v. Tigerström, Berlin, 1836. Dieser läßt nur die bonae fidei possessio als Besitz, welcher rechtliche Wirkungen hat, gelten (S. 183), schreibt aber doch dem Diebe einen solchen Besitz zu. (S. 200 u. 201). Dieser Besitz wird von dem Verf. auch für ein in das Sachenrecht gehöriges Rechtsverhältniß erklärt.

3) Gans a. a. O. — v. Thaden a. a. O. S. 63 flg. — Haffe, a. a. O.

4) Die Unmöglichkeit hiervon beweiset v. Tigerström durch die Formel: „Rechtliche Wirkungen sind überall nur die Folge eines vorhandenen Rechts. — Denn, sagt er: wie eines Theils von einem bloßen Factum als solchem keine juristi-

der Besitz giebt, nach Römischen Rechte lediglich in den Schutzmitteln gegen bestimmte Verletzungen, d. h. in der Zuständigkeit der possessorisches Interdicte besteht, und daß daher die Lehre vom Besitz in das Obligationenrecht gehört.

Die Redactoren des Allg. Landrechts scheinen über die hier vorliegende Frage keine klare Ansicht gehabt zu haben, wenigstens haben sie sich darüber nirgend bestimmt ausgesprochen. Der Grund davon mag darin liegen, daß zur Zeit der Abfassung des Landrechts unter den Rechtsgelehrten keine Regsamkeit war. Es findet sich aus jener Zeit über diese Materie keine Schrift, die Anspruch auf wissenschaftlichen Werth machen könnte und diese Frage berührte⁵⁾. Westphal, dessen Schrift über den Besitz gleichzeitig mit dem Entwurf zum Allg. Gesetzbuch erschien, sagt: „ob der Besitz facti oder juris sei, worüber Ramos del Manzano ad Tit. de acq. l. amitt. poss. Praeterm. c. 2. p. 89 sq. bei Meermann Thes. Tom. 7 weitläufig disputirt, übergehn wir, als eine bloße Schulfrage⁶⁾.“ Er

schen Wirkungen abhängig gedacht werden können, so kann für ein bloß factisches Verhältniß, ein leeres Nichts, weder ein rechtlicher Erwerb, noch ein rechtliches Aufhören angenommen werden.“ S. 16. — Man sieht aber in der Wirklichkeit eine Menge von Rechten aus bloßen Thatsachen entstehen. Wer z. B. Wolle stiehlt und ein Kleid daraus macht, erwirbt dadurch das Eigenthum des Kleides. Das Stehlen aber und das Spinnen, Weben und Nähen sind doch wohl keine Rechtsverhältnisse?

5) Nur eine Diss. von Scheidemantel, resp. J. F. Rappold, de numero specierum juris in re, et praefertim: an possessio sit illis annumeranda, Stuttgart 1786, beweiset, daß der Besitz kein jus in re sei.

6) System des Römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum, und Verjährung. Leipzig, 1788, § 19 S. 35.

bringt ihn aber mit dem Sachenrechte zusammen, und in der That scheint man damals allgemein davon ausgegangen zu sein, daß der Besitz in das Sachenrecht gehöre; und die Meinung von Alciat ⁷⁾ und Hahn ⁸⁾, daß das jus possessionis ein einzelnes jus in re sei, zeigt sich sehr verbreitet ⁹⁾. Eine andere Meinung, daß das Besitzrecht als ein besonderer Haupttheil des Sachenrechts für sich, neben dem jus in re und ad rem betrachtet werden müsse, steht ziemlich verlassen ¹⁰⁾. Die Methode, den Besitz in den allgemeinen Theil des Systems zu bringen, wodurch jedoch über die Natur des Besitzes nichts entschieden wird, ist neuer als das Allg. Landrecht; dennoch aber ist sie bei der Stellung der Lehre vom Besitz beobachtet: denn sie kann als der Schluß der allgemeinen Lehren, welche in den ersten sieben Titeln vorgetragen sind, angesehen werden. Dahin gehört sie auch nach der vorherrschenden Ansicht der Redactoren, wonach nicht bloß Sachen, sondern auch alle möglichen Rechte Gegenstand des Besitzes wie des Eigenthums sein können. Damit ist jedoch für die Erklärung der Natur des Besitzes nichts gewonnen. Die Aeußerungen der Redactoren darüber sind unbestimmt und schwankend. Suarez nennt den Besitz eine allgemeine Quelle von Sachenrechten ¹¹⁾; v. Levenar sagt: „der Besitz, im allgemeinen Verstande, ist — eine interimistische Legitimation zu einer Sache, so wie die Verjährung eine vollständige Legitima-

7) Alciati Respons L. v. Cons. 112. n. 4.

8) Hahn Diss. inaug. de jure in re. Helmst. 1639. 1664. 4.

9) M. f. u. A.: Merenda Controv. jur. Lib. II. cap. 18 sqq. u. Lib. XII. cap. 20. — Bachov ad Treutlerum Vol. II. disp. 21. thes. 1. lit. E.

10) Der Erfinder scheint zu sein: J. B. Friesen resp. Sturm de genuina possessionis indole, Jenae 1725. — Für überzeugend erklärt dessen Lehre und Beweis: Höpfner im Commentar. § 280. Note 2.

11) Zeitschrift, a. a. D. S. 111.

tion zur Sache ist ¹²⁾)." Gosler äußert in seinem Gutachten über die eingegangenen Monita: „Im Staate und in den bürgerlichen Gesetzen erscheint der Besitz:

a. als das Mittel zum Erwerb des Eigenthums, wie Tit. 6 §. 3 und Tit. 7 §. 1 verordnet ist, und

b. als ein Zwischenzustand, welcher die rechtliche Vermuthung des Eigenthums wirkt."

„Daher giebt es auch eigentlich keine Rechte des Besitzes, sondern nur der Inhaber hat Rechte, der Besitzer hingegen gar keine, oder bloß die Rechte des vermutheten Eigenthums."

„Eben die Gründe, weshalb es so äußerst wichtig ist, das Eigenthum gewiß zu machen, bringen es auch mit sich, den Zwischenzustand, welcher die rechtliche Vermuthung des Eigenthums wirken soll, auf sichere äußere Merkmale einzuschränken ¹³⁾." Und weiter über das monitum ad § 94 des gedruckten Entwurfs: „— das jus possidendi hingegen wird ein bloßes Unding, wenn man es von dem vermutheten Eigenthume, welches die einzige wirkliche rechtliche Wirkung des Besitzes ist, unterscheiden wollte" ¹⁴⁾). Suarez bemerkt über die Monita zu den §§ 93 — 104 des gedruckten Entwurfs: „— Nur für den letzten (den vollständigen Besitzer) streitet die Vermuthung des Eigenthums, welche die Moniten als die einzige Wirkung des Besitzes, die nicht schon aus der bloßen Gewahrsam folge, halten wollen ¹⁵⁾." Dieß erinnert an die bekannte ziemlich allgemeine Meinung, daß der Besitz die

12) Ebend. S. 116.

13) Ebend. S. 201. Vergl. S. 207.

14) Ebend. S. 277.

15) Ebend. S. 283.

Vermuthung des Eigenthums begründe, wodurch er einem Rechtsverhältniß ähnlich werde¹⁶). Diese Meinung hat unverkennbaren Einfluß auf das Landrecht gehabt. Wie also die Redactoren den Gegenstand aufgefaßt und dargestellt haben, ist der Besitz auch im Sinne des Allgem. Landrechts Factum und Recht zugleich, wiewohl Letteres in einem andern Sinn als nach Röm. Recht. Factum ist er, in sofern er in der bloßen factischen Ausübung irgend eines Rechts besteht, Recht aber, nach Römischem Recht insofern als rechtliche Wirkungen daraus entstehen, nach dem Allg. Landrecht aber insofern, als er selbst als ein wirkliches Rechtsverhältniß gegen seine ursprüngliche Natur angesehen wird, welches in dem Sinne des Allg. Landrechts einen dinglichen Charakter hat¹⁷).

Dieser Eigenschaft des Besitzes ungeachtet sind die Klagen wegen Besitzstörung (possessorischen Interdicte) doch

16) Ueber den Grund dieser Meinung s. v. Savigny, 6te Aufl. S. 41.

17) Keinesweges ist das Verhältniß des Besitzes aus natürlichen Gründen ein dingliches, wie Grävell in seiner Lehre vom Besitz, Note zu § 143, ausführen will. Nach dieser Ausführung ist unredlicher Besitz und Eigenthum genau Eins und Dasselbe. Es heißt dort unter Anderm:

„Jeder Besitz gründet sich auf zwei Thatfachen: auf der (die) Erwerbung des physischen Vermögens, über die Sache zu verfügen, und auf der (die) Entschließung, solches für sich zu thun. Aus beiden entsteht die allgemeine Verpflichtung, den Gebrauch der eigenen Kräfte, und den Gebrauch der Sache, worauf sie verwendet werden, nicht zu stören; weil Jederman die Verpflichtung hat, die erlaubten Absichten eines Andern, und seine (dessen) persönliche Freiheit zu ehren.“

„Das wesentliche Recht des Besitzes besteht also:

in der Befugniß des Besitzers, über die Sache seiner Absicht gemäß, zu verfügen, und jedem Andern zu wehren, ihn daran zu behindern oder zu stören.“

In etwas Anderm besteht auch das wahre Eigenthum nicht!

bloße persönliche Klagen, welche ihren Grund in einer Obligatio ex maleficio haben. Für die Richtigkeit dieses unter den gemeinrechtlichen Juristen bestrittenen Satzes sprechen nicht allein die aus dem Römischen Rechte herzunehmenden Gründe¹⁸⁾; sondern es treten hier noch zwei Gründe hinzu: Erstlich soll selbst der bloße Inhaber, dem doch gar keine eigentlichen Besitzrechte zugeschrieben werden, gegen Beunruhigungen in seiner Gewahrsam geschützt werden¹⁹⁾, ein Schutz, zu welchem nach Römischen Rechtsansichten das Bedürfnis fehlte, und welches auch nach Preuß. Recht im Grunde gar keine materielle Bedeutung hat. Denn entweder ist der Inhaber mit dem Besitzer, oder mit einem Dritten in Streit. Gegen einen Dritten hat er als Stellvertreter des wahren Besitzers die possessorischen Interdicte; gegen den Besitzer selbst aber wird ihm der Schutz ausdrücklich versagt, indem der § 144 h. t. bestimmt:

„Den bloßen Inhaber kann der, in dessen Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam aus eigener Macht zu allen Zeiten entziehen.“

Der dem bloßen Inhaber zugesicherte Schutz hat also nur in sofern Bedeutung, als sich Fälle denken lassen, wo der Inhaber weder für sich noch für einen Andern die Detention ausüben will. Der zweite und entscheidende Grund für das Preussische Recht ist die Bestimmung des § 148 h. t., worin die Grundsätze in Beziehung auf Klagen aus unerlaubten Handlungen, unter ausdrücklicher Verweisung auf die entsprechenden Bestimmungen des sechsten Titels, wie folgt, wiederholt werden:

„Vorstehende Rechte (§ 146. 147) kommen demjenigen, welcher solchergestalt seines Besitzes zur Unge-

18) M. s. hierüber v. Savigny § 6, besonders die Zusätze der 6. Aufl. S. 40 u. flg.

19) U. L. R. § 141, 146.

büßr entsezt worden, nicht nur gegen den Entseztenden und seine Theilnehmer, sondern auch gegen deren Erben zu. (Tit. 6. § 28 sqq.)'

Welche practischen Folgen dieß hat, wird sich weiterhin zeigen. (§ 28.)

§ 3.

Bedingungen des Besizes.

Das Römische Recht erfordert zum Besiz im Allgemeinen zweierlei: gegenwärtige Möglichkeit einer physischen Herrschaft über die Sache, und das Bewußtsein davon, verbunden mit der Absicht, solche für sich auszuüben, oder das Habenwollen der Detention (*animus possidendi*, *affectus possidendi*, *affectio tenendi*)¹⁾. Damit stimmt auch das Allgemeine Landrecht überein²⁾. Es ist aber eine der bestrittensten Fragen: was man, nach Römischem Rechte, unter diesem *animus possidendi* sich zu denken habe. Da die Gewahrsam der thatsächliche Zustand ist, welcher dem Eigenthume als rechtlichem Zustande correspondirt (§ 1 S. 13); so muß der *animus possidendi* eben auf die Ausübung des Eigenthums gerichtet sein, und es ist daher im Allgemeinen richtig, den *animus possidendi*, welchen die Quellen nicht näher beschreiben, durch *animus domini* zu erklären³⁾. Nur muß dieser *animus domini* nicht auf die Ausübung fremden Eigenthums gerichtet sein; denn der Satz findet sich im Römischen⁴⁾ wie im Allg. Landrecht⁵⁾

1) L. 3 § 1 u. 3, L. 1 § 3. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

2) §. 43 u. 138 h. t.

3) Ramos del Manzano Recitat. ad Tit. D. de acquir. vel amitt. poss. Part. I § 11 seq. — v. Saligny, 6e Auflage S. 112.

4) L. 18. pr. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

5) § 2 h. t. „Auch der ist ein bloßer Inhaber, der eine Sache nur in der Absicht, darüber für einen Andern oder in dessen Namen zu verfügen, in seiner Gewahrsam hat.“

ausdrücklich ausgesprochen, daß, wer für einen Andern verfügen will, nur Inhaber sei. Der *animus possidendi* muß vielmehr ein *animus sibi habendi* sein. Die Anwendung dieses Begriffs findet in einigen Fällen, wo das Römische Recht dem Inhaber Besitz entschieden zuschreibt, ungeachtet der Inhaber fremdes Eigenthum anerkennt, Schwierigkeit. Diese Fälle sind das bonitarische Eigenthum, die Provinzialgrundstücke, der *ager vectigalis* und *emphyteusis*, das Faustpfand, und zuweilen das *Precarium* und *Depositum*. Um diesen Fällen den Begriff des *animus possidendi* anzupassen, hat man denselben verschieden erklärt. v. Savigny ist der Meinung, daß auch in den genannten Fällen ein *animus domini* vorhanden sei, und erklärt solches aus der Uebertragung des Besitz-Rechts (*ius possessionis*), von Seiten des ursprünglichen Besitzers auf denjenigen, welcher für ihn das Eigenthum ausübt und also nach dem ursprünglichen Begriff nicht als Besitzer zu betrachten wäre. Daher nennt er diesen übertragenen Besitz einen abgeleiteten, welcher sich auf den ursprünglichen Besitz eines Andern gründet. Der *animus possidendi*, der bei dem ursprünglichen Besitz als *animus domini* zu denken, soll bei dem abgeleiteten auf das von dem bisherigen Besitzer übertragene *ius possessionis* gehen, und also bei dem materiellen Begriff des Besitzes verschieden erklärt werden, je nachdem von einem ursprünglichen oder abgeleiteten Besitz die Rede: dort bezeichne es den *animus domini*, hier die Absicht, das *ius possessionis* zu haben⁶⁾. Andere leugnen die Identität des *animus possidendi* mit dem *animus domini* und wollen den *animus* so bestimmen, daß er auf alle Fälle gleichmäßig passe, ohne verschieden gedacht werden zu müssen. Einige wollen daher den *animus domini* in Fällen nachweisen wo er nicht ist, Andere aber den *animus possidendi* so unbestimmt ausdrücken, daß er die Fälle

6) Recht des Besitzes, § 9. 6te Aufl. S. 125 — 128.

des abgeleiteten Besizes unter sich faßt 7). Nur die letztere Meinung interessirt hier. Deren Anhänger sagen: Der animus oder affectus possidendi bestehe in dem Willen über die Sache zu disponiren, um ein gewisses rechtliches Verhältniß an derselben auszuüben 8). Für das Römische Recht ist durch diese Erklärung ganz gewiß nichts gewonnen. Denn auf der einen Seite schließt dieselbe Fälle, wo ausdrücklich Besitz angenommen wird, aber doch augenscheinlich kein rechtliches Verhältniß statt findet, z. B. bei dem

7) Vergl. v. Savigny ebend. S. 144—151. — Thibaut Archiv, Bd. 18. S. 327.

8) Galvanus de usufructu, Cap. 33. no. III. — v. Spangenberg, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz, Th. I. §. 10 S. 17. — Glück, Pandecten-Commentar, Th. II. S. 555. — Die Schriftsteller aus der damaligen und frühern Zeit lassen sich gewöhnlich gar nicht auf eine Erklärung des animus possidendi ein; sie thun als ob sich die Bedeutung ganz von selbst verstünde. Findet man dem Ausdruck „animus possidendi“ noch einige umschreibende Worte hinzugefügt, so sind sie nichts sagend. Lauterbach im Coll. th. pract. L. XLI. Tit. 2 § 4 sagt z. B.: Besitz sei rei detentio, rem suo nomine, animo et affectione sibi habendi. — Westphal a. a. D. § 19 meint: die Absicht zu besitzen sei der Wille, die Gewalt (über die Sache) nach Gelegenheit zu gebrauchen. — Höpfner, im Institutionen-Commentar § 281 no 4 lehrt: das zweite Erforderniß des Besizes sei die Absicht, die Sache zu haben und zu behalten — der Wille, sie gar nicht oder wenigstens für jetzt nicht wegzugeben. — Bei der Redaction des Landrechts meinte ein ungenannter Monent: die Römische Theorie, welche die Absicht zum Fundament des Besizes mache, sei der Aufnahme in das Gesetzbuch nicht werth, weil die Absicht jederzeit nur aus Handlungen gefolgert werden könne. Er wollte daher den Begriff des Besizes so bestimmen: „Wer bei der Gewahrsam für sich ein Recht an der Sache behauptet, ist Besitzer derselben.“ Dieses Monitum wurde mit der Bemerkung beseitigt, daß ein Recht behaupten nothwendig die Absicht voraussetze, dieses Recht sich zuzueignen. Zeitschrift a. a. D. S. 207.

Diebe, von dem Begriffe aus; und auf der andern Seite paßt sie auf Fälle, wo der Besitz ausdrücklich geleugnet wird, z. B. bei der Pacht und Mieth. Auf die Redaction des Landrechts scheint zwar diese Erklärungsart auf den ersten Anblick Einfluß gehabt zu haben, im Grunde ist aber doch kein Erfolg zu finden. Die Redactoren waren weder unter sich einig über die Bedeutung des animus possidendi, noch war ihnen klar, was die Römischen Rechtsquellen unter diesem technischen Ausdruck überhaupt verstehen. Gosler verstand darunter den animus domini. Er sagt auf das Monitum eines Ungenannten, der den Ausdruck: „Absicht,“ im § 2 des Entwurfs mit dem Ausdruck: „ein Recht an der Sache behaupten,“ vertauschen wollte: „Uebrigens wird nach dem Vorschlag des Monenten bloß der Ausdruck verändert, nicht die Sache selbst; ein Recht behaupten, setzt nothwendig die Absicht voraus, dieses Recht sich zuzueignen. Auch ist nicht jedes Recht an der Sache zum Besitz hinreichend, sondern das Eigenthum wird erfordert“⁹⁾.

Darjes entwickelte in seinen eingesandten Moniten die Begriffe so:

Wer den wirklichen Gebrauch von einer Sache hat, der ist Besitzer derselben.

Gründet der Besitzer seinen Gebrauch in einem dinglichen Rechte auf die Sache, so ist er Besitzer im rechtlichen Verstande.

Ist das dingliche Recht, worauf der Besitzer seinen Gebrauch gründet, ein Eigenthums-Recht, so ist er ein vollständiger Besitzer.

Gosler findet diese Entwicklung philosophisch und juristisch unrichtig, und schlägt vor, die Begriffe, mit Weglas-

9) Zeitschr. a. a. D. S. 207.

fung des Unterschiedes zwischen vollständigem und unvollständigem Besitzer, dahin festzusetzen:

„Wer eine Sache — als sein Eigenthum in Gewahrsam hat, der ist Besitzer derselben.“

„Wer ein Recht selbst als sein eigenes ausübt, — ist im Besitz des Rechts.“

„Wer eine Sache nicht als sein Eigenthum, sondern nur wegen eines besondern ihm daran zustehenden Rechts — in Gewahrsam hat, ist bloß Inhaber der Sache und Besitzer des ihm daran zustehenden Rechts“¹⁰⁾.

Auf ein Monitum zum § 7 bemerkt er:

„Der Civilbesitz setzt immer den *animus rem sibi propriam habendi* voraus“¹¹⁾;

und auf das Monitum 1 zu § 23 des gedruckten Entwurfs:

„Zur Besitzergreifung gehört nicht der Vorsatz, Besitzer werden zu wollen, sondern der Vorsatz, die Sache eigen zu haben“¹²⁾.

Suarez ist, wie es scheint, der Sache nach derselben Meinung. Der Klein'sche und Kircheisen'sche Entwurf hatte eine ziemlich richtige Begriffsbestimmung vom Besitz; denn es heißt:

„Wer eine Sache mit der Absicht, solche als Eigenthümer zu haben, besitzt, der hat den vollen oder bürgerlichen Besitz.“

Dazu sagt Suarez:

„Quaeritur, ob diese Definition richtig sei. Der *animus rem sibi habendi*, welcher das Kriterium des bürgerlichen Besitzes ausmacht, involviret noch kein Ei-

10) Ebend. S. 207 u. 208.

11) Ebend. S. 212.

12) Ebend. S. 230.

genthum. Der Usufructuar eines Guts ist unstreitig possessor civilis desselben. (sic!) Könnte man nicht, um allen Zweifel zu vermeiden, so sagen:

„Wer eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu disponiren, besitzt, wird der bürgerliche Besitzer genannt.“

Ich weiß aber überhaupt nicht, ob es nöthig sei, den Unterschied inter possessorem naturalem et civilem beizubehalten. Der possessor naturalis des iuris romani ist im Grunde weiter nichts als Detentor. Ich sollte glauben, daß es genug sein würde, wenn man Besitzer und Inhaber von einander unterschiede; doch submittire ich, ob in der Continuation sich etwa praktische Folgerungen finden dürften, wodurch der possessor naturalis und der Inhaber von einander unterschieden werden¹³⁾.

Der aus der Umarbeitung der Kircheisen'schen Arbeit hervorgegangene erste Entwurf definirt:

„§ 1. Wer eine Sache in seiner Gewalt hat, heißt überhaupt der Besitzer derselben.“

Das Merkmal des Willens fehlt ganz. Hiergegen erinnert nun Suarez:

„Die Definition — ist nicht vollständig, denn sie begreift den *animus sibi habendi* nicht unter sich, der doch wesentlich in den Begriff des Besitzes gehört.“

„— der *administrator rei alienae*, der *Depositarius*, der Pfandinhaber — unterscheidet sich von dem Besitzer bloß darin, daß ihm der *animus sibi habendi* fehlet“¹⁴⁾.

Was er unter dem *animus sibi habendi* versteht, erklärt er

13) Ebend. S. 49.

14) Ebend. S. 117.

nicht. In der Vorbemerkung zu diesem Entwurfe äußert er sich so:

„Besitzer heißt der, welcher eine Sache oder ein Recht in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, inne hat; Inhaber der, welcher entweder gar nicht weiß, daß er die Sache hat, und also noch keinen *animus* darüber zu disponiren haben kann, oder der die Sache für einen Andern besitzt.“

„Der eigentliche Besitzer besitzt hinwieder entweder *animo domini*, oder nicht. Ersterer ist der *possessor civilis*, letzterer *possessor naturalis* im Sinne des Römischen Rechts.“

Hiernach verlangte er ebenfalls den *animus domini* oder *sibi habendi* und schlug die Fassung so vor wie sie der § 3 h. t. mit unwesentlichen Veränderungen enthält, nämlich:

„Wer eine Sache mit der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seiner Gewalt oder Gewahrsam hat, der ist im Besitze der Sache“¹⁵⁾.

Nach einer andern Bemerkung hielt er aber den *animus domini* und *sibi habendi* nicht für gleichbedeutend. Der § 80 des umgearbeiteten Kircheisenschen Entwurfs lautete nämlich:

„Die Ausübung des Rechts geschieht, wenn der Eine sich eines Rechtes als des seinigen bedient“ *ic.*

Dazu ist von Suarez bemerkt:

„*Ponatur*: für sich selbst. Es ist nicht nothwendig, daß er solches *animo domini* thue.“

Worin dabei der Unterschied liegen soll, ist unerfindlich, da wenn Jemand ein Recht für sich selbst ausübt, darin eben der *animus domini* in Beziehung auf das Recht liegt: denn ein Recht für sich ausüben, heißt eben, Subject oder Herr d. i. Eigenthümer (Berechtigter) dieses nämlichen

15) Ebend. S. 118.

Rechts sein zu wollen. Es ergibt sich hieraus, daß eine Abweichung von dem, was man für das wahre Römische Recht hielt, nicht gesucht und beabsichtigt worden ist ¹⁶). Und in der That stimmt auch das Landrecht mit dem richtig verstandenen Römischen Rechte mehr überein als man glaubt. Das Letztere verlangt zum Begriff des Besizes gleichzeitig

1. die physische Herrschaft über den Gegenstand (Detention); und diese ist bei allen Arten des Besizes immer eine und dieselbe;
2. das Bewußtsein dieser Herrschaft und den Willen, solche für sich auszuüben (*animus possidendi*); und aus der Verschiedenheit dieses animus entstehen die beiden verschiedenen Arten des ursprünglichen und des f. g. abgeleiteten oder unvollständigen Besizes, je nachdem der animus auf das Eigenthum oder auf ein anderes Recht an dem Gegenstande gerichtet ist.

Nach Römischem Rechtsbegriff ist also der Besiz im Allge-

16) Simon und von Strampff bemerken in ihren Studien zur Lehre vom Besiz, Zeitschrift a. a. D. S. 604, no. 3. zu § 3:

„.... Absicht, für sich selbst zu verfügen“

„Der animus domini oder sibi habendi wird nicht verlangt.

Dieser Abweichung vom Römischen Rechte war man sich wohl bewußt.“

Von dem Bewußtsein einer Abweichung vom Römischen Rechte kann man wol nicht reden, da die Gelehrten über den Sinn des Römischen Rechts noch heute uneinig sind. M. f. v. Savigny, 6. Aufl. S. 144—151. Guyet über den animus possidendi, Abhandlungen, Heidelberg 1829. No. 6. S. 133 u. f.; u.: Noch einige Bemerkungen über den animus possidendi in Linde's 2c. Zeitschrift, Band IV, 1831 S. 361 u. f. Bartels Zweifel gegen die Theorie vom abgeleiteten Besiz, in Linde's Zeitschrift Bd. VI, 1833. S. 178 f. Thibaut im Archiv, Bd. XVIII S. 327.

meinen die physische Möglichkeit, über eine Sache ausschließlich nach Willkühr für sich zu verfügen.

Eben so ist es nach dem Allgemeinen Landrecht. Es muß

1. die Gewahrsam, die in allen Fällen dieselbe ist, und das Bewußtsein mit der Absicht zusammenzutreffen ¹⁷),
2. die Absicht muß dahin gehen, für sich selbst zu verfügen ¹⁸); und je nachdem diese Absicht auf das Eigenthum gerichtet ist oder nicht, ist der Besitz ein eigentlicher oder ursprünglicher (vollständiger) Besitz, oder ein unvollständiger ¹⁹).

Die Merkmale des Begriffs im Allgemeinen sind hier also die nämlichen wie im römischen Rechte; und sie sind auch in der im Landrecht gegebenen Definition vom Besitz vollständig angegeben ²⁰).

17) § 43 h. t.

18) § 3 a. a. D.

19) „Daß der Unterschied zwischen vollständigem und unvollständigem Besitze an sich in der Natur der Sache gegründet sei, fällt wohl in die Augen. Auch ist der unvollständige Besitzer von dem bloßen Inhaber, ob sie gleich in den meisten Stücken übereinkommen, genau genommen, dennoch unterschieden. Inhaber kann Jemand werden und sein ohne es zu wissen. Der unvollständige Besitz hingegen supponirt immer animam rem habendi, nur nicht in der Qualität einer eigenen, sondern in der Qualität einer fremden Sache. Wer eine Sache in seiner Gewahrsam hat, ist Inhaber. Hat er die Absicht, sie zu haben und zu behalten (aus Höpfner, s. S. 24), so ist er Besitzer. Ist es seine Absicht, die Sache als seine eigene zu haben, so ist sein Besitz vollständig. Hat er die Absicht, über die Sache gewisse Rechte, aber doch als über eine fremde, auszuüben, so ist er unvollständiger Besitzer.“ Cuares zu § 5—7; Zeitschrift a. a. D. S. 212.

20) § 3. „Wer eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst

Aber es scheint, als wenn das Allgemeine Landrecht dieser Definition bei der Anwendung nicht treu geblieben wäre, sondern dabei noch ein wesentliches Merkmal mehr voraussetzte²¹⁾. Nach dem Römischen Rechte kommt es nämlich auf die Form der Erwerbung des Besitzes weiter nicht an; vielmehr ist es gleichgültig, auf welche Weise Jemand die Gewahrsam mit der Absicht, solche für sich zu haben, an sich gebracht hat. Dieß ist dem Begriffe des Besitzes, welcher an sich eben nichts weiter als etwas physisches, abgesehen von aller Rechtlichkeit, ist, ganz angemessen. Es besitzt also auch der Dieb und Räuber (Praedo) mit demselben Effect, wenn bloß vom Besitz als solchem die Rede ist. Dessen sind sich die Redactoren des Landrechts wohl bewußt gewesen²²⁾. Gleichwohl bestimmt der § 96 bis 98 unter der Rubrik: Fehler, welche die Besitzergreifung verhindern:

„Durch Handlungen unerlaubter Privatgewalt kann der Besitz einer Sache niemals erlangt werden.“

„Eben so wenig können durch Gewalt erzwungene, oder durch Betrug veranlaßte Handlungen oder Duldungen den Besitz eines Rechts bewirken.“

„Auch durch heimlich unternommene Handlungen

zu verfügen, unmittelbar oder durch Andere, in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache.“

21) In der ersten Ausgabe findet sich diese Meinung zu allererst ausgesprochen. In den Motiven der Gesetz-Revision zum Tit. 7. C. 24 findet sich die Bemerkung, daß man die Wirkungen einer fehlerhaften Besitzergreifung in die Begriffsbestimmung habe einmischen wollen, wobei auf Beilage-Akten Fol. 8, Fol. 17, 19 Bezug genommen wird, ohne anzugeben, wer diese Meinung geäußert habe. Ich bin davon zurückgekommen.

22) Gofler bemerkt auf die Monita zu § 6 u. 7: „Hieraus ergiebt sich, daß der vollständige Besitz nicht nothwendig ein titulirter Besitz sei, denn auch ein Dieb kann vollständiger Besitzer sein.“ Zeitschrift a. a. D. S. 212.

kann der Besitz im rechtlichen Sinne weder erworben noch fortgesetzt werden.“

Die Begriffe von Recht und Besitz spielen hier in einander. In dem, aus der Umarbeitung des Kircheisen'schen Entwurfs hervorgegangenen ersten Entwurfe bezog sich diese Bestimmung bloß auf die *iuris quasi possessio*. Es hieß nämlich im § 98:

„Mit Gewalt erzwungene oder durch Betrug veranlaßte Handlungen oder Duldungen bewirken kein Besitzrecht.“

Dazu bemerkte Suarez:

„Noch mehr; sie wirken keinen Besitz. Der, welcher zur Ausübung eines Rechts nur auf solche Art gelangt ist, hat nicht nur kein *ius ad possidendum*, sondern er hat auch kein *ius possessionis*.“

Ueberhaupt muß ich hier ein für allemal den Unterschied zwischen dem Besitze von Sachen und von Rechten bemerken.

Der Besitz einer Sache ist ein fortdauernder Zustand, mit welchem, um Ruhe und Ordnung in der bürgerlichen Gesellschaft zu erhalten, gewisse Rechte haben verbunden werden müssen, wobei der Besitzer geschützt werden muß, ohne Rücksicht auf die Art, wie er zu seinem Besitze gelangt ist. Die einzelne Ausübung eines Rechts ist eine vorübergehende Handlung, die nicht nothwendig von weiteren Folgen sein muß. Bei der Sache heißt es: *possideo, quia possideo*, und ich kann aus diesem meinem Besitzstande nicht gesetzt werden, so lange nicht erwiesen ist, daß ein Anderer ein *ius potius* habe. Mit dem Rechte verhält es sich anders. Darum, weil ich solches ein Mal ausgeübt habe, folgt noch nicht, daß mir etwas genom-

men wird, wenn ich es das zweite Mal nicht ausüben darf“²³⁾).

Man faßte nun die Bestimmung im gedruckten Entwurfe Th. II. Tit 4 § 68 so:

„Mit Gewalt erzwungene oder durch Betrug veranlaßte Handlungen oder Duldungen wirken nie den Besitz eines Rechts.

Dagegen monirte das Utmärkische Obergericht:

„Es würde hier beizufügen sein, daß der Regel nach, jede Besitzergreifung fehlerfrei vermuthet werde“²⁴⁾;

und Gossler bemerkte auf die Monita zum § 62.

„Da hier und in den §§ 64 und 68 von solchen allgemeinen Eigenschaften des Besitzes die Rede ist, welche nicht nur bei Rechten, sondern auch bei körperlichen Sachen, statt finden, so wird anheimgestellt, diese Grundsätze schon nach § 8 oder § 27 vorzutragen“²⁵⁾).

Endlich bemerkte Suarez auf die zahlreichen Monita zu §§ 51—75 des gedruckten Entwurfs:

„Einige (monita) betreffen bloß das Arrangement der Materien, wobei es seine Richtigkeit hat, daß — die vitia der Besitzergreifung, welche vi, clam oder precario geschieht, nicht bloß bei Rechten, sondern auch bei körperlichen Sachen vorkommen, und also die §§ 60—64 und 68, welche bloß von Besitznehmung der Rechte handeln, generalisirt werden müssen“²⁶⁾).

23) Zeitschr. a. a. D. S. 147.

24) Ebend. S. 262.

25) Ebend. S. 257. Im § 8 ist von der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Besitzes, und im § 27 von der Besitzergreifung die Rede.

26) Zeitschrift a. a. D. S. 265.

Hierauf ist denn die Bestimmung, so wie sie das Landrecht in den §§ 96—98 enthält, gefaßt worden. Allerdings müssen die *vitia possessionis* sowohl beim Sach- als Rechts-Besitz in Betracht kommen, aber nur in sofern, als sie die Rechte aus dem Besitz modificiren; die Fassung des Allgemeinen Landrechts bezieht sie aber auf die Erwerbung des Besitzes, so daß man nach den Worten wohl darauf geführt wird, anzunehmen: es gebe gar keinen fehlerhaften Besitz (*possessio vitiosa*). Indes ist aus dem Zusammenhang und aus der Entstehungsgeschichte der Fassung zu erkennen, daß man an eine Veränderung des Begriffs nicht dachte, auch keine von dem Römischen Rechte abweichende Theorie aufstellen, sondern nur die Wirkungen des Besitzes bestimmen wollte, wiewohl nicht geleugnet werden kann, daß durch diese Bestimmung der Besitz noch mehr einem Rechte genähert worden ist. Irrig würde es aber sein, wenn man einem gewaltsam erworbenen Besitze jede Wirkung absprechen wollte; dies würde dahin führen, daß durch Gewalt und Betrug die Sache fortwährend aus Hand in Hand gehen könnte, indem der wieder von einem Andern überwältigte Inhaber die richterliche Hülfe nicht anrufen dürfte²⁷⁾. Man muß daher annehmen, daß ein solcher Besitz nur gegen Denjenigen, von welchem er auf fehlerhafte Art erworben ist, ohne rechtliche Wirkung bleiben²⁸⁾, und überhaupt nicht die Wirkungen eines Civilbesitzes haben soll. Daß nur Dieses gemeint sei, ergibt sich auch daraus, daß, wie sogleich gezeigt werden wird, die Redactoren unter dem Inhaber (*detentor*) den *possessor naturalis* des Römischen Rechts verstanden haben, dem die possessoriischen Rechtsmittel zustehen sollen, und daß sie dem Inhaber den Civilbesitzer, der außer den Besitz-

27) *U. L. R. h. t.* § 141.

28) Vergl. § 143 a. a. D. Jedem Dritten gegenüber gilt also auch der fehlerhafte Besitz als Besitz.

klagen auch noch andere Besitzrechte hat, unter der Bezeichnung des Besitzers schlechtthin, entgegengesetzt. Jedenfalls sind die Wirkungen einer fehlerhaften Besitzergreifung nicht in den Begriff des Besitzes einzumischen, und derselbe bleibt im Allgemeinen derselbe, wie er sich im Römischen Rechte findet.

Dagegen finden sich in der Anwendung jenes allgemeinen Begriffs wesentliche Abweichungen des Landrechts von dem Römischen Rechte. Eine besteht darin, daß das Allg. Landrecht nicht, wie das Röm. Recht, nur in bestimmten einzelnen Fällen einen Besitz der uneigentlichen Art als Ausnahme anerkennt, sondern eine Regel daraus macht, und einen solchen Besitz in allen Fällen annimmt, wo sich die Voraussetzungen dazu denken lassen. Unter diese Regel sind nun verschiedene Besitzarten zusammengefaßt, wie weiterhin bestimmter angegeben werden wird. Eine andere Ausnahme besteht darin, daß nach Röm. Recht in diesen einzelnen Fällen, wo der Besitz ohne animus domini dem Detentor zugeschrieben wird, wie z. B. beim Pfandrecht, Precarium und Sequestrum, Derjenige, der den animus domini hat, den Besitz entbehrt, während er nach dem Landrecht als vollständiger Besitzer, für den der unvollständige Besitzer detinirt, anerkannt wird²⁹⁾. Indem man diese Regel aufstellte, wollte man keinesweges von dem Röm. Rechte abweichen, vielmehr setzte man voraus, daß der Natural-Besitz des Römischen Rechts ganz das nämliche sei, was man unter der Benennung des unvollständigen Besitzes zusammenfaßte, wie aus Suarez's Äußerungen hervorgeht. Er sagt nämlich in der Bemerkung zu § 466 des Kircheisen'schen Entwurfs unter Anderm: „Ich weiß nicht, ob es nöthig sei, den Unterschied inter possessorem naturalem et ci-

29) § 124 h. t. „Durch Einräumung des unvollständigen Besitzes an einen Andern wird der vollständige Besitz des bisherigen Besitzers fortgesetzt.“

vilem beizubehalten. Der *possessor naturalis* des *iuris romani* ist im Grunde weiter nichts als *detentor*. Ich sollte glauben, daß es genug sein würde, wenn man *Besitzer* und *Inhaber* von einander unterschiede;“ und in der Vorbemerkung zum umgearbeiteten Kircheisen'schen Entwurfe:

„Man hat der römischen *Distinction* inter *nudum detentorem*, *possessorem naturalem* und *possessorem civilem* zu viel eingeräumt. — Diese *Distinction*, so geläufig sie jedem Juristen ist, hat doch wirklich keinen Grund in der Natur der Sache. Diese kennt nur den Unterschied zwischen *Inhaber* und *Besitzer*. — Der eigentliche *Besitzer* besitzt — entweder *animo domini*, oder nicht. Ersterer ist der *possessor civilis*, Letzterer *possessor naturalis* im Sinne des Römischen Rechts. In der Abhandlung wird die *possessio civilis* ein vollständiger, *naturalis* ein unvollständiger Besitz genannt. Will man diese *Distinction* beibehalten, so ist nichts dagegen zu sagen, nur wünschte ich, um die Zweideutigkeit in dem Ausdruck *vollständig* und *unvollständig* zu vermeiden, daß man die Benennung *Natural-* und *Civilbesitzer* beibehalten möchte.“

Ferner in der Bemerkung zum § 5 dieses Entwurfs:

„Daß in den §§ 4 und 5 die *possessio naturalis* und *civilis* ein vollständiger und unvollständiger Besitz genannt wird, giebt ebenfalls, wie oben schon bemerkt worden, zu Zweideutigkeiten Anlaß. Gewöhnlicher Weise versteht man unter einem vollständigen Besitze den Besitz der ganzen Sache, aller ihrer Theile und *Pertinenzstücke*. Ich würde also lieber bei den einmal recipirten Ausdrücken „*Naturalbesitz* und *Civilbesitz*“ bleiben“³⁰⁾.

30) Zeitschr. a. a. O. S. 112 u. 118.

Hieraus erhellet, daß man durch die Aufstellung einer Regel, nach welcher in allen Fällen, wo Jemand eine fremde Sache in seinem eigenen Interesse in Gewahrsam hat, Diesem ein wirklicher Besitz zugeschrieben wird, von dem Römischen Rechte gar nicht abzuweichen glaubte³¹⁾.

§. 4.

Terminologie.

Der materielle Begriff des Besitzes, oder die Bedingungen, unter welchen der Besitz als solcher nach dem Allgem. Landrecht gilt, sind festgestellt, und wir suchen jetzt die Terminologie zu bestimmen.

Fast von allen bisherigen Römischen Rechtslehrern ist der Römische Sprachgebrauch bis auf die neueste Zeit schwankend vorgestellt worden, und erst den gründlichen Untersuchungen, und dem fleißigen Quellen = Studio der Gegenwart, ist die Vollständigkeit zu danken, mit welcher wir die consequente Gleichförmigkeit der Römischen Juristen in ihrem Sprachgebrauch übersehen, die von den ältern Lehrern des gemeinen Rechts so oft ohne Grund angegriffen worden ist. Für den Zweck unserer Aufgabe muß das Resultat jener Untersuchungen hinreichen, da jede weitere Einlassung auf dieselben so überflüssig ist, als sie außer den Grenzen dieses Darstellung liegt.

Um aber im Zusammenhang der Darstellung des landrechtlichen Sprachgebrauchs nachher nicht unterbrochen zu

31) Noch in der neuesten Zeit ist die Suarez'sche Theorie von Wiederhold in der Schrift: Das Interdictum uti possidetis und die Novi operis Nunciatio, Hanau 1831, für die des Römischen Rechts ausgegeben. Nach ihm heißt possessio civilis, gerade wie nach Suarez, der Besitz mit animus domini; und naturalis possessio ist der Besitz mit animus possidendi ohne animus domini, wie der des Pfandgläubigers.

werden, muß hier noch einer gemeinrechtlichen Beziehung des Besitzes Erwähnung geschehen, welche zur Verständlichkeit desselben wichtig ist.

Das Römische Recht kennt keinen andern wirklichen Besitz als den Sachbesitz, welcher in der Ausübung des Eigenthums besteht. Nun aber giebt es eben so viel Modificationen des Eigenthums als *jura in re* im positiven Recht anerkannt sind, an welchen sich eben so eine Ausübung derselben, verschieden vom Rechte selbst, denken läßt, als die Ausübung des Eigenthums selbst, ohne Rücksicht auf dessen Dasein, Statt finden kann. Diese letztere Ausübung aber macht, wie wir gesehen haben, den Besitz der Sache aus, welche Gegenstand des ausgeübten Eigenthums ist; und dieses ist der wahre Besitz (*corporis possessio*), welchen das Röm. Recht kennt.

Es findet sich aber die Theorie desselben analogisch auch auf die Ausübung jener Rechte (*jura in re*) angewendet, ohne daß jedoch dieses Verhältniß Besitz genannt würde, eben weil es an einem Gegenstande des Besitzes fehlt. Denn so wenig, als die Ausübung des Eigenthums eine *possessio domini* ist, so wenig kann die Ausübung eines *jus in re* eine *juris possessio* sein. Es fehlt aber an einem Ausdruck, wodurch dieses Verhältniß eben so bezeichnet werden könnte, wie es bei dem Eigenthum, durch Verbindung mit der Sache, bezeichnet wird. Daher hat man zu dem uneigentlichen Ausdruck der *juris possessio* seine Zuflucht genommen, die Uneigentlichkeit aber besonders durch „*quasi*“ bezeichnet.

Diese *juris quasi possessio* kann theils im Genusse der Sache selbst, an welcher das Recht zusteht, dessen Ausübung die *juris possessio* ausmacht, theils in unabhängigen für sich bestehenden Handlungen bestehen. Diese Verschiedenheit in der Form der *juris quasi possessio* hat auf

die Lehre vom Besitz, im Allgm. Landrecht, einen wesentlichen Einfluß gehabt, daher hier vorläufig darauf aufmerksam gemacht wird.

Eine andere Vorbemerkung bezieht sich auf eine Art des Besitzes, welche von dem eigentlichen Besitz als eine Ausnahme angesehen werden muß, ohne daß darum die, aus beiden Arten folgenden, Rechte im geringsten von einander verschieden wären.

Es ist nämlich oben der eigentlich wahre Besitz, wie er im Röm. Recht vorkommt, als die factische Ausübung des Eigenthums vorgestellt. Es wird im Röm. Recht aber auch, wie schon erwähnt, wirkliche possessio in einigen, jedoch namentlich und bestimmt angegebenen Fällen, angenommen, wo von einer Ausübung des Eigenthums nicht die Rede sein kann. Dieses sind die Fälle des sogenannten abgeleiteten Besitzes, wie er z. B. dem Emphyteuta, creditor pignoratitius, precario rogans und dem Sequester, in gewissen Fällen, zugeschrieben wird. Alle diese Personen wollen kein Eigenthum ausüben; daß ihnen aber dennoch Besitz zugeschrieben wird, beruht, wie v. Savigny überzeugend darstellt, bloß darauf, daß dem bisherigen Besitzer in diesen Fällen die Uebertragung seines jus possessionis als eines solchen positiv zugestanden ist. Daraus ergiebt sich zugleich, daß solches nicht auf alle die Fälle ausgedehnt werden kann, in welchen etwa der eigentliche Besitzer sein jus possessionis zu übertragen geneigt sein möchte; vielmehr kann diese Abweichung vom ursprünglichen Begriff allein nur da angenommen werden, wo dieselbe vom positiven Recht ausdrücklich anerkannt wird. Diese Abweichung vom Begriff für bestimmt ausgezeichnete Fälle hat aber, wie bereits angeführt, keinen Einfluß auf die, aus dem Besitz überhaupt entspringenden Rechte. Besondern Einfluß aber haben diese Fälle in Gemeinschaft mit den bereits ausgezeichneten juris quasi possessionibus, wo das Recht im Genuß der Sache

selbst besteht, auf den Sprachgebrauch des Allgem. Land-Rechts gehabt.

Nach diesen Vorbemerkungen kommen wir auf die Terminologie des Röm. Rechts zurück, von welcher wir ausgegangen waren.

Der Ausdruck „*possessio*“ bezeichnet ursprünglich nichts weiter als die, allem juristischen Besitz zum Grunde liegende körperliche Innehabung einer Sache, so lange nämlich nicht von juristischen Beziehungen und Gegensätzen die Rede ist ¹⁾).

Wenn aber zu dieser Detention gewisse Bedingungen treten, so entsteht aus ihr, vermittelt der Usucapion, Eigen-

- 1) Wird bei der Exegese des R. R. darauf gesehen, die oft ganz verschiedenen Bedeutungen, welche ein Wort nach den verschiedenen Entwicklungsperioden umfaßt, gehörig zu entwickeln und aufzuklären; so findet sich, daß der Ausdruck „*possessio*“ in der eigentlichen und engsten juristischen Bedeutung des Wortes einen abgesonderten für sich bestehenden factischen Zustand bezeichnet, welcher vom Eigenthum unterschieden werden soll und mit dem an und für sich (also unter einstweiliger Abstrahirung von der Rechtmäßigkeit desselben), rechtliche Folgen verknüpft sind, indem er vor der Eigenmacht Anderer sicher gestellt wird (*possessio ad interdicta*). Auch wird alsdann einleuchtend, daß der Ausdruck „*possessio naturalis*“ im R. R. zwei ganz verschiedene Bedeutungen hat. Er bedeutet nämlich 1) die bloße Innehabung (*detentio*), welche noch gar nichts Juristisches ist, den bloß scheinbaren Besitz derjenigen, welche lediglich in *possessione* sind (L. 3. §. 3. 13. D. de poss.). Sodann bedeutet derselbe 2) auch denjenigen Besitz, welcher, obwohl juristischer Besitz an und für sich, dennoch aber nicht usucapionsfähig ist, und also dem Usucapionsbesitzer oder der *possessio civilis* entgegen steht (L. 1. §. 9. 10. D. de vi). Thibaut über *possessio civilis*, Archiv für civil. Praxis, Bd. 18. S. 315 und flg. (1835).

thum; und dann heißt sie: *possessio civilis*. Alle übrige *possessio* heißt nun *possessio naturalis*, d. i. alle *possessio* welche nicht *possessio civilis* ist. Der Ausdruck: *possessio naturalis* ist also rein negativ, und seine jedesmalige Bedeutung muß aus dem Gegensatz entnommen werden. Ist aber von derjenigen *possessio* die Rede, welche durch die *Interdicte* geschützt ist, so heißt sie: *possessio* schlechthin im technischen Sinn, und alle *Detention*, welche nicht die Eigenschaft des *Interdicten* = Besitzes hat, heißt wieder *possessio naturalis*. So also giebt es im Röm. Recht drei Kunstausdrücke:

- 1) *possessio civilis*, welche den *Usucapions* = Besitz bezeichnet;
- 2) *possessio*, welche technisch den *Interdicten* = Besitz bezeichnet;
- 3) *possessio naturalis*, welche nach Maaßgabe des Gegensatzes entweder allen Besitz, der nicht *civilis* ist, oder die bloße *Detention* als Gegensatz vom juristischen Besitz überhaupt, bezeichnet²⁾.

Endlich ist hier noch kürzlich der, in einer andern Beziehung vorkommenden, Nebenbezeichnung von *bonae fidei possessio* zu gedenken. *Bona fides* überhaupt ist ebenfalls ein negativer Begriff, welcher darin besteht, daß man überhaupt nicht etwas wisse, was die Rechtlichkeit aufhebt. Dieß auf den Besitz angewendet, ist also dann *bonae fidei possessio* vorhanden, wenn der Besitzer nichts weiß, was dem

2) v. Savigny *Recht des Besitzes*, §. 10. In der neuesten Zeit hat einer eine andere Erklärung von *possessio civilis* geben wollen: nach einer Entdeckung, welche der Professor Erb in Heidelberg gemacht haben soll. Hierüber s. m. Thibaut im Archiv, l. c. Dagegen v. Savigny a. a. O. Zuf. zur 6. Aufl. S. 172, und Thon über *civilis u. naturalis possessio*, im Rhein. Museum. B. 4 S. 95 flg. (1830).

rechtlichen Grunde, welchen er für seinen Besitz zu haben glaubt, entgegensteht. Der Gegensatz von *bonae fidei possessio*, die *malae fidei possessio* nämlich, erklärt sich hieraus von selbst³).

Jetzt wird sich aus den Ausdrücken des Allg. Landrechts leicht entnehmen lassen, welche Begriffe aus dem Röm. Rechte herübergenommen, welche neu aufgestellt sind.

I. Das Fundament der Haupteintheilung des Besitzes ist im Allgem. Landrecht, nach der gangbaren Ansicht der gemeinrechtlichen Juristen, die Absicht des Besitzers, wie und in welcher Art er den Besitz ausüben will: ob er dabei nämlich fremdes Eigenthum anerkennt, und neben dieser Anerkennung über den Gegenstand für sich selbst verfügen will; oder ob er den *animus domini* hat, d. h. den Gegenstand als seinen eigenen behandelt. In diesem Fall heißt der Besitz ein vollständiger, im erstern ein unvollständiger⁴). Dabei hat nichts weiter als der Ausdruck neu sein sollen; denn unter dem vollständigen Besitz dachte man sich den Civil-Besitz, und unter dem unvollständigen, den

3) §. 11 h. t. „Wer es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitze, der heißt ein unredlicher Besitzer.“ — Die Unredlichkeit des Besitzes setzt voraus, daß der Besitzer wisse, daß nicht er, sondern ein Anderer, ein Recht auf den Besitz habe. Simon und v. Strampff Rechtsprüche, Bd. I S. 429.

4) § 6 h. t. „Wer eine Sache oder ein Recht, zwar als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hat, der heißt ein unvollständiger Besitzer.“

§ 7. „Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache oder ein Recht als sein eigen besitzt.“

Natural-Besitz des Röm. Rechts⁵⁾). Zur Erläuterung der Sache, und Hebung einiger Mißverständnisse über die Natur des unvollständigen Besitzes schlug Suarez nach dem Antrage eines Monenten⁶⁾ die Einschaltung des §. 9. h. t. vor:

„Der unvollständige Besitzer der Sache ist vollständiger Besitzer des Rechts, dessen er daran sich anmaßt;“ und bemerkte beispielsweise: „der Pächter ist unvollständiger Besitzer der verpachteten Sache, aber er ist vollständiger Besitzer seines Pachtrechts⁷⁾.“ Man hat behauptet: dasselbe Verhältniß könne auch beim Besitz von Rechten selbst vorkommen, indem der vollständige Besitzer eines Rechts wiederum einem Andern den Besitz eines seine jura possessionis beschränkenden Rechts zugestehen, und ihm zum Zweck der Ausübung dieses Rechts die Detention des Hauptrechts einräumen könne⁸⁾). Wenn man also bei dem Suarez'schen Beispiele von der Pacht stehen bleibt und eine Verpfändung des Pachtrechts und wiederum eine Unterverpfändung desselben voraussetzt, so hätte man in der Per-

5) Suarez war, wie aus seiner oben schon mitgetheilten Bemerkung hervorgeht, mit dem neuen Ausdruck nicht einverstanden, und wollte die einmal recipirten Ausdrücke „Natural-Besitz und Civil-Besitz“ beibehalten. Er schlug danach folgende Fassung vor:

„Wer eine Sache oder ein Recht als sein eigen besitzt, der wird Civilbesitzer genannt.“

„Wer eine Sache zwar als eine fremde, jedoch mit der Absicht, darüber für sich selbst zu disponiren, in seiner Gewalt hat, der ist Naturalbesitzer.“ Zeitschrift a. a. D. S. 118. — Man sieht hieraus, daß die Meinung Grävell's in der Vorrede zu seinem Besitz und Verjährung, S. XVI, daß der Begriff des unvollständigen Besitzes neu erfunden sei, ohne allen Grund ist.

6) Zeitschrift a. a. D. S. 210.

7) Zeitschrift, a. a. D. S. 213.

8) Bornemann System des Civilrechts, Bd. I S. 566.

son des Unterpfandbesizers einen dreifachen unvollständigen Besitzer und zugleich einen vollständigen Besitzer. Dieses Verhältniß ließe sich ins Unendliche vervielfältigen. Diese Potenzen kennt das Landrecht nicht und sie sind um so weniger willkürlich anzunehmen, als das practische Bedürfniß dazu fehlt. Wer z. B. den Nießbrauch einer Sache zum Pfande erhalten hat, ist gar nicht Besitzer des Nießbrauchsrechts; denn er übt das Recht des Nießbrauchs für sich nicht aus, sonst müßte er selbst Nießbraucher sein wollen. Er ist unvollständiger Besitzer der Sache und Pfandbesitzer der Nutzungen; rücksichtlich der Gewinnung desselben aber ist er ein bloßer Verwalter oder Stellvertreter des Nießbrauchers. Der Begriff des unvollständigen Besitzes ist im §. 6. (Note 4) zwar in Folge eines Monitums⁹⁾ auf Sachen und Rechte ausgedehnt, dies bezieht sich jedoch nur auf Rechte, welche für sich bestehen und für sich besessen werden können.

Uebrigens ist auch der Ausdruck: „vollständiger und unvollständiger Besitz,“ nicht so neu wie man glaubte¹⁰⁾.

Vergleichen wir diese landrechtlichen Begriffe mit der vorausgeschickten Uebersicht der Römischen Terminologie, so zeigt sich, daß hier

- 1) unter dem vollständigen Besitz die eigentlich wahre possessio (corporis possessio) und die juris quasi possessio gemeint sei, die Letztere jedoch nur so weit, als der Genuß des Rechts nicht zugleich mit der Detention der Sache, auf welche es zusteht, verbunden ist; daß

9) Zeitschrift, a. a. D. S. 211.

10) Placentinus (Summa in Cod. tit. de poss.) nennt den Usucapionsbesitz possessio plena, und den juristischen Besitz, der die Usucapion nicht gestattet, possessio inpropria et semiplena.

außerdem aber alle Fälle des eigentlichen Rechtbesitzes in der Ausdehnung, wie sie das Allgem. Landrecht annimmt, dazu gehören;

- 2) unter dem unvollständigen Besitz aber theils Fälle begriffen sind, in welchen das Röm. Recht wahre corporis possessio wirklich annimmt; theils aber Fälle, in welchen nur eine juris quasi possessio vorhanden ist; theils endlich solche, in welchen nach Röm. Recht gar keine possessio existirt.

Zu den Fällen der ersten Art gehören alle die des abgeleiteten Besitzes, welche im Röm. Recht positiv anerkannt sind, und worauf oben in der zweiten Vorbemerkung im Voraus aufmerksam gemacht worden ist.

Zu den Fällen der zweiten Art gehören die persönlichen Servituten des Röm. Rechts, als bei welchen nur eine juris quasi possessio Statt findet, die aber natürlich erst mit der Detention der Sache wirklich vorhanden sein kann; ferner einige andere jura in re, neben welchen die bloße juris quasi possessio Statt findet, als z. B. die Superficies.

Zu den Fällen der dritten Art endlich gehört die Pacht, Miethe und das Commodat, weil sie im Allgem. Landrecht als dingliche Rechte anerkannt sind.

Dagegen erkennt das Allgem. Landrecht bei dem Precarium und bei dem Sequestrum gar keinen, auch keinen unvollständigen Besitz an. Der precario rogans und Sequester gelten für bloße Stellvertreter des Besitzers. Man sieht hieraus, daß unter einem eigenthümlichen Namen mehrere Fälle verschiedener Arten des Röm. Besitzes und der Detention zusammengestellt werden. Diese Gleichstellung ist aus der vorherrschenden Theorie des Besitzes der neuern Zeit hervorgegangen, nach welcher z. B. der Fructuarius und der Emphyteuta den

wirklichen Sachbesitz (*possessio naturalis*) haben soll¹¹), weil ihm dasselbe *interdictum unde vi* und *uti possidetis* zusteht.

Für diese *Interdicte* ist es praktisch freilich gleichviel, ob man dem *Usufructuarius* eine *corporis* oder eine *juris quasi possessio* zuschreibt, aber es läßt sich dann nicht erklären, woher der *Proprietarius* die wirkliche *possessio* der Sache, und damit gleichzeitig mit dem *Usufructuarius* dieselben *interdicta* haben könne, wenn es ausgemacht ist, *quod plures eandem rem in solidum possidere non possunt*.

Der vollständige und unvollständige Besitz correspondirt also dem Römischen *Interdicten-Besitz* (*possessio* im technischen Sinn), und der Unterschied zwischen dem vollständigen und unvollständigen Besitz beruht darin, daß der Letztere nur Fälle des Römischen *Interdicten-Besitzes*, versteht sich mit der dem Allgem. Landrecht eigenthümlichen Erweiterung, enthält, welche als solche nie in *Usucapions-Besitz* übergehen können; wogegen in den, unter dem vollständigen Besitz begriffenen Fällen, auch wirklicher *Usucapions-Besitz* (*possessio civilis*) werden kann.

II. Wenn der vollständige Besitz auf einem Rechtsgrunde, durch welchen das Eigenthum erlangt werden kann, beruht, so entsteht daraus der „vollständige titulirte Besitz.“

Dieser scheint die Römische *possessio civilis* oder der *Usucapions-Besitz* sein zu sollen. Aber der Begriff des Allgem. Landrechts ist bedeutend weiter.

Die alte Römische *possessio civilis* entsteht nämlich aus dem juristischen Besitz, wenn sie sich auf einen Titel (*justa possessionis causa*) gründet, und *bona fide* angefangen hat.

11) Glossa in L. 1 § 3 D. de possess. — Azo in lectura in L. 10 Cod. de poss.

Der vollständige titulirte Besitz des Allgemeinen Landrechts entsteht ebenfalls aus dem vollständigen Besitz, wenn er auf einem an sich zur Erwerbung des Eigenthums geschickten Titel beruht; aber die dritte Bedingung, nämlich bona fides, ist dazu wesentlich nicht erforderlich. Es kann sonach also auch einen unredlichen titulirten vollständigen Besitz geben¹²⁾. Es läßt sich mithin von demselben nicht sagen, daß er durch Verjährung zum Eigenthum führe, wie man von dem Römischen Usucapions-Besitz sagen kann; sondern der Satz heißt nach dem Allgemeinen Landrecht so:

Der vollständige titulirte Besitz führt, wenn er mit bona fides verbunden ist, durch Verjährung (usucapio nicht praescriptio, Ersizung) zum Eigenthum.

III. Wer diese bona fides mit seinem Besitz nicht verbindet, der ist ein unredlicher Besitzer. Diese Unredlichkeit entsteht, nach der oben gegebenen Definition von bona fides, durch die Wissenschaft eines, der Rechtmäßigkeit des Besitzes entgegenstehenden Grundes¹³⁾. Es entspricht also der Begriff des unredlichen Besitzes der Römischen malae fidei posses-

12) Arg. § 10 h. t. und § 579 und 591 Tit. 9, Thl. 1. des Allgem. Landrechts. — Wer z. B. eine gestohlene Sache wissentlich kauft, ist ein vollständiger titulirter Besitzer im Sinne des Allgem. Landrechts, aber er ist nicht Civilbesitzer im Sinne des Röm. Rechts.

13) § 11, Tit. 7, Thl. I des Allgem. Landrechts. Pr. L. R. Buch III, Tit. 1, Art. 9, § 13. „Hergegen ist der für einen rechtmäßigen Besitzer eines bösen Glaubens, possessore malae fidei, zu halten, welcher selber weiß und versteht, daß er ein Gut oder Ding nicht mit einem rechtmäßigen Titel nullo justo titulo sive causa besizet und inne hat. Als wenn einer ein Gut oder Ding von dem kauft, welchen er weiß, daß er desselbigen nicht ein Herr ist, auch nicht Macht gehabt, dasselbige zu distrahiren, zu verkaufen oder sonst zu veralieniren.“

sio vollkommen. Aber in der Anwendung scheint das Allgemeine Landrecht von dem Röm. Recht abzuweichen. Nach dem Letzteren kommt es bloß auf das Factum des Wissens oder Nichtwissens eines, der Rechtmäßigkeit des Besitzes entgegenstehenden, Grundes an ¹⁴), ohne Rücksicht auf eine culpa, welche nur in Hinsicht der Wirksamkeit des Titels beachtet wird, in sofern dem Besitzer der Irrthum, in welchem er sich über die Rechtmäßigkeit des Titels befindet, vermöge seiner Nachlässigkeit zum Vorwurf gereicht. Auf die bona oder mala fides aber kann dieser Umstand schon darum keinen Einfluß haben, weil sie sonst aufhört, eine Thatsache zu sein. Nach dem Allgemeinen Landrecht dagegen soll ein mäßiges Versehen, welches der Besitzer sich bei dem Irrthume über die Rechtmäßigkeit seines Besitztittels zur Zeit der Erwerbung des Besitzes zu Schulden kommen läßt, auf das Dasein der Redlichkeit oder Unredlichkeit Einfluß haben ¹⁵). Dieß ist zwar etwas Eigenthümliches, indeß soll dadurch doch nicht, wie es den Anschein haben könnte, die bona und mala fides aufhören, ein bloßes Factum zu sein, vielmehr soll sich dieß nur auf den Beweis dieser Thatsache beziehen.

„Der Charakter der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes,“ sagt Suarez, „bleibt immer das Wissen oder Nichtwissen des possessoris. Freilich gehört dieses ad interna; dieses kann aber nicht hindern, daß der Richter auf diesen innern Zustand der Seele nicht nach Umständen und Aeußerungen sollte schließen können. — Damit inzwischen das Urtheil des Richters von diesem interno so wenig willkürlich als möglich sein möge, muß das Gesetz die Kennzeichen der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes näher bestimmen. Dieß geschieht theils durch Etablirung gewisser Vermuthungen (§ 18), theils durch Bestimmungen, inwiefern ein Irrthum die Red-

14) L. 109 D. de verb. sign. So auch nach dem Pr. Landrecht.

15) §§ 13, 15 und 16. h. t.

lichkeit des Besizes vitiire oder nicht. Diese Bestimmungen reduciren sich auf die Sätze: einmal, daß error juris keinen redlichen Besiz in sensu juris wirken könne (wer von einem Cassen-Bedienten Geld aus der Casse borgt, kann niemals für einen redlichen Besizer des Geldes geachtet werden). Zweitens, daß error in facto in der Regel der Redlichkeit des Besizes nicht schade. (Wer etwas von Jemand kauft, den er für den rechtmäßigen Eigenthümer hält, dem schadet es nicht, wenn auch der Verkäufer non domious war). Drittens, daß aber ein solcher error facti die Redlichkeit des Besizes vitiire, den der Besizer durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit vermeiden konnte, und daß also der, welcher zu einem Irrthum über Rechtmäßigkeit seines Besizes culpa lata vel levi verleitet worden, einem unredlichen Besizer gleich zu achten sei¹⁶). Diese Sätze sind denn auch in das Allgem. Landrecht aufgenommen. Danach wird mala fides angenommen:

1. Bei dem, der es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besize.

§ 11. „Wer es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besize, der heißt ein unredlicher Besizer.“

2. Bei dem, der aus eigenem groben oder mäßigen Versehen in Thatsachen irrt und darum seinen Titel für richtig hält.

§ 13. „Ein bloßer Irrthum in Thatsachen schadet der Redlichkeit des Besizers nicht, sobald nur der Irrende nicht durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen in einen solchen Irrthum gerathen ist.“

Man sieht leicht, daß in diesem Falle gar keine mala fides vorhanden ist. Das hat man sich auch nicht anders gedacht,

16) Zeitschrift a. a. D. S. 220.

vielmehr soll ein solcher, der aus culpa lata vel levi in diesen factischen Irrthum kommt, zur Strafe seiner Fahrlässigkeit bloß so behandelt werden als wäre er ein unredlicher Besitzer, daher es denn auch auf den Beweis des Gegentheils nicht ankommt.

§ 15. „Wer schon zur Zeit der Erwerbung des Besitzes, bei der Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit, Ursachen hatte, an der Gültigkeit seines Besitztittels zu zweifeln, und sich dennoch ohne weitere Untersuchung den Besitz zueignet, der wird bei einer in der Folge sich offenbarenden Unrechtmäßigkeit desselben, einem unredlichen Besitzer gleich geachtet.“

Diese Abweichung von dem Römischen Rechte, deren man sich wohl bewußt war¹⁷⁾, ist für das Preussische Recht practisch sehr wichtig und, bei dem ausgedehnten Schutze den der bonae fidei possessor findet, und indem er die Sache ihrem Eigenthümer nur gegen Erstattung seiner dafür gemachten Auslagen herauszugeben verpflichtet ist, zum Schutz des Eigenthums nothwendig, um den seiner Sachen beraubten Eigenthümer nicht in die Lage zu bringen, sein Eigenthum jedem fahrlässigen Abnehmer wieder abkaufen zu müssen.

3. Bei dem, der aus Rechtsunkenntniß seinen Besitztittel irriger Weise für gültig hält. Ein solcher Besitzer wird ein „unrechtfertiger“ genannt, jedoch einem unredlichen Besitzer gleich geachtet, ausgenommen in folgenden vier Fällen:

17) Die cleve- & märkische Regierung erinnert in ihren Monitis zum § 10 h. t. des Entwurfs, daß die Bestimmung fehle: ob zwischen Irrthum in jure und in facto noch ein Unterschied stattfinde. Dazu bemerkte Gossler: „Nach den bisherigen Grundsätzen machte der error in facto keinen Eintrag, wohl aber der error in jure.“ Zeitschrift a. a. D. S. 217.

- a. Wenn der herauszugebende Gegenstand ein Capital ist, so muß der unredliche Besitzer davon Zinsen nach dem höchsten gesetzmäßig erlaubten; der bloße unrechtfertige Besitzer aber nach dem landüblichen Satze entrichten.
- b. Dem unrechtfertigen Besitzer müssen die Kosten einer solchen Verbesserung, die nicht weggenommen werden kann, so weit ersetzt werden, als sonst der Eigenthümer sich offenbar mit dessen Schaden bereichern würde. Eine Anwendung davon findet sich im § 158. Tit. 5. Thl. I. des Allgem. Landrechts.
- c. Ist die Sache während des unredlichen Besizes verschlimmert worden, so muß der unrechtfertige Besitzer jedes mäßige; der eigentlich unredliche hingegen selbst das geringste Versehen vertreten, und selbst den Zufall tragen, wenn nicht ausgemittelt werden kann, daß der Zufall die Sache im Besitze des Eigenthümers ebenfalls würde getroffen haben¹⁸⁾). Eine Anwendung davon findet sich im § 639 und 641 Tit. 20. Thl. I. des Allg. Landrechts.

Bei jedem Nachfolger im Besitze wird die Beschaffenheit des Besizes nur nach seiner eigenen Redlichkeit beurtheilt, ohne auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Vorgängers zu sehen, selbst wenn der Nachfolger Universalsuccessor des Vorgängers wäre¹⁹⁾). Nach Röm. Recht kommt jedem Nachfolger die bona fides des Vorgängers zu statten, wenn er selbst in bona fide ist. Die mala fides des Vorgängers aber schadet nur dem Singular = Successor in gutem Glauben nicht; dem Universal = Successor hingegen ist sie nachtheilig,

18) §§ 12. 14. 232. 239 bis 241. h. t.

19) §§ 40 u. 41 ebendas.

weil dieser mit dem Borgänger für Eine Person gehalten wird. Hiervon ist man mit Vorbedacht abgewichen, weil „diese *ficta unitas personae inter defunctum et heredem* in der neuen Gesetzgebung verbannt ist“²⁰⁾).

Stellen wir die Begriffe des Röm. Rechts mit denen des Allgem. Landrechts zusammen, so finden wir:

- 1) die *possessio civilis* in dem „vollständig titulirten Besitz,“ wie wohl in größerer Ausdehnung;
- 2) die *possessio* im technischen Sinn, oder den Interdicten-Besitz (*possessio ad interdicta*) in dem „vollständigen und unvollständigen Besitz, so wie in der Gewahrsam“ (S. 34);
- 3) den der *naturalis possessio* oder Detention ähnlichen Begriff in der „Gewahrsam,“ welche aber rechtliche Wirkungen hat, und dadurch wieder wesentlich von der *possessio naturalis* des Röm. Rechts verschieden ist (S. 34);
- 4) die *bonae fidei possessio* und *malae fidei possessio* in dem redlichen und unredlichen Besitz, bei welchem letzteren wir aber den neuen Nebenbegriff des „unrechtfertigen Besitzes“ haben.

Klein und Grävell unterscheiden noch *Natural-* und *Civil-Besitz*; aber in der Definition weichen sie von einander ab. Nach Grävell soll der *Natural-Besitz* Besitz mit körperlicher Gewahrsam, und *Civil-Besitz* ohne körperliche Gewahrsam sein; auch rechnet er zu diesem noch den *Rechts-Besitz*, und den durch symbolische Uebergabe und Eintragung im Hypothekenbuch erlangten Besitz.

Diesen Unterschied kennt das Allgem. Landrecht so wenig, als es solchen definirt. Nur zwei Mal, nämlich im § 109 und 275, Tit. 20, Thl. I., kommt der Ausdruck: *Natural-*

20) Zeitschrift a. a. O. S. 230. Der angegebene Grund ist übrigens nur bedingt wahr.

Besitz, in specieller Anwendung vor, wo es nichts anders, als die eigentliche Gewahrsam, welche auch im Röm. Recht *possessio naturalis* heißt, bezeichnet; und es soll dadurch keineswegs eine allgemeine Regel, oder ein Eintheilungsgrund gegeben werden.

Die ganze sich hierauf beziehende Ausführung in Grävell's Lehre vom Besitz und Verjährung ist nicht einleuchtend. Es wird darin zuerst der Klein'schen Ansicht widersprochen. In Klein's System § 146 heißt es: „Das Wort: Natural-Besitz, wird zwar meistentheils als gleichbedeutend mit Gewahrsam gebraucht; doch hat es auch oft einen viel weitern Sinn. Immer aber wird der Natural-Besitzer dem Civil-Besitzer entgegengesetzt, und unter jenem derjenige verstanden, welcher mehr als dieser sich in dem Zustande befindet, über die Sache zu verfügen, dahingegen dieser eine größere Befugniß hat, unter dem Beistande der Civil-Gesetze den Besitz Anderer von dem seinigen abhängig zu machen.“ Diese Ansicht wäre, wenn der Unterschied überhaupt nach dem Allgem. Landrecht angenommen werden könnte, natürlicher und der Sache angemessener, als die Grävell'sche. Es wird in der letzteren zwar ganz richtig behauptet, daß das Allgem. Landrecht den Ausdruck: „Civil-Besitz,“ gar nicht gebrauche; mit wenigerm Glück aber gezeigt, daß unter Natural-Besitz die Gewahrsam nicht gemeint werde. Damit, daß im § 105, Tit. 20, Th. I. des Allgem. Landrechts der Ausdruck: Natural-Gewahrsam, gebraucht wird, ist nichts dargethan. Dieser Ausdruck ist ein Pleonasmus, und heißt nichts weiter als eben Gewahrsam. Denn eine symbolische Gewahrsam ist ein Unding, und kommt nie vor. Wenn auch durch eine sogenannte symbolische Uebergabe die Gewahrsam erlangt wird, so ist einmal die erste im Grunde nichts anders, als eine Art der wirklichen Uebergabe, wie weiterhin gezeigt werden soll; dann aber wird dadurch keine andere, als eben die natürliche und einzig denkbare Gewahrsam erlangt.

Hiernächst ist die Meinung: daß die Verschiedenheit des Natural- und Civil-Besitzes, beides im eigentlichen Sinn, aus dem Röm. Recht in das Allgem. Landrecht nicht mit aufgenommen worden, unrichtig, wie bereits gezeigt ist. Auf die Verschiedenheit der Benennung im Allgem. Landrecht kommt nichts an. Aber es ist auch kein Grund vorhanden, aus welchem, wie Grävell meint, das Allgem. Landrecht selbst die Namen hätte verwerfen müssen. Derselbe Grund, welcher bei den Römern für diese Terminologie vorhanden war, läßt sich auch bei uns recht gut denken, wenn die Ausdrücke nur sonst bei der Redaction des Allgem. Landrechts beliebt worden wären. Denn es ist allerdings ganz richtig, daß die rechtlichen Wirkungen (d. h. die Usucapio) des Civil-Besitzes auf den besondern Bestimmungen des *juris civilis* beruhen. Ist denn dieß aber bei uns nicht der Fall? Oder was ist denn *jus civile*? Bekanntlich versteht man darunter in diesem Sinn nichts anders, als *quod quisque populus ipse sibi jus constituit*. *Id vocatur jus civile!* Findet denn dieß bei dem Allgem. Landrecht nicht Statt? Selbst die Behauptung, daß seit Emanirung des Allgem. Landrechts bei uns nur Eine Rechts-Quelle, nämlich die Gesetzgebung, bestehe, ist unrichtig. Die Bildung von Rechtsnormen durch Gewohnheit und *usus fori* wird und kann nie aufhören; und wenn nach dem Allgem. Landrecht alles Gewohnheitsrecht aufhören soll, als worauf jene Behauptung wahrscheinlich gestützt ist, so hat diese Anordnung eine andere ganz bestimmte Bedeutung.

In der Praxis unterscheidet man ebenfalls zwischen Civil- und Natural-Besitz, verbindet damit aber einen eigenthümlichen Begriff, indem man sich unter Civil-Besitzer den im Hypothekenbuch eingetragenen Eigenthümer denkt, der das Grundstück bereits veräußert hat; unter dem Natural-Besitzer aber den wirklichen gegenwärtigen Eigenthümer, dessen Besitztitel noch nicht eingetragen steht. Diese Begriffe haben

mit dem Besitz nichts zu thun. Der hier gemeinte Civil-Besitzer hat gar keinen Besitz. Ueberhaupt versteht man im gemeinen Leben unter Besitzer einen Eigenthümer und unter Besitz Eigenthum haben, eben so wie bei den Römern ²¹).

Endlich ist zu bemerken, daß im Allgem. Landrecht I. 20 §§ 99 und 276, und in der Allg. Gerichts-Ordnung I. 50 §§ 379. 380 noch der Ausdruck „Natural-Uebergabe,“ gebraucht wird. Diese soll nichts anders sein, als das Ge-
gentheil der symbolischen. Daß der im § 105 I. 20 des Allgem. Landrecht vorkommende Ausdruck: „Natural-Gewahrsam,“ nur die Gewahrsam (Detention) bezeichnen soll, ist bereits erwähnt.

§. 5.

Wirkungen des Besitzes.

Ueber die Wirkungen des Besitzes, nach Röm. Rechte, sind die juristischen Schriftsteller sehr verschiedener Meinung. Nach der Auslegung, welche vorhin für die richtige anerkannt worden ist, sind Usucapion und Interdicte die einzigen Vortheile, welche als Wirkung des Besitzes gelten können ¹). Danach hat

1. die Detention gar keine juristischen Wirkungen,
2. die juristische possessio aber
 - a. zum Schutz gegen gewisse Arten der Verletzung die possessory Interdicte; und außerdem
 - b. ist sie, wenn sie auf besondere Weise angefangen hat, Grund des Eigenthums selbst.

21) L. 78 D. de verb. sign. (L. 16.) — L. 15. D. qui satisdare cogentur. (II. 8.)

1) v. Savigny a. a. D. § 3. (6. Aufl. S. 11. u. flg.)

Bei weitem die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller zählen noch jetzt eine größere Anzahl von Rechten als Wirkung des bloßen Besitzes auf; und zur Zeit der Redaction des Landrechts kannte man nicht einmal einen Zweifelsgrund dagegen. Daher ist das Landrecht, wie sich denken läßt, auch ein Ausfluß dieser Meinung. Es ist aber schwer, wenn nicht unmöglich, zu sagen: welche Vortheile und Rechte die Redactoren sich als Wirkungen des Besitzes gerade gedacht haben. Die zu damaliger Zeit vorhandenen Schriften waren in der Aufzählung von einander sehr abweichend. Als die hauptsächlichsten Rechte des Besitzes findet man gewöhnlich folgende angegeben:

1. die possessorischen Interdicte,
2. das Recht des Besitzers gegen unerlaubten Angriff, durch Privatgewalt sich im Besitz zu schützen.
3. die rechtliche Möglichkeit der erwerbenden Verjährung (Usucapion),
4. der Frucht-Erwerb des bonae fidei possessor,
5. die Vermuthung für die Redlichkeit und Rechtlichkeit des Besitzes,
6. die Freiheit des Besitzers von der Angabe und dem Beweise seines Besitztitels.
7. der Vorzug des Besitzers bei dem Streit über das Eigenthum, daß wenn der Nichtbesitzer nichts oder nicht mehr beweiset als der Besitzer, der Nichtbesitzer abgewiesen wird.
8. das Retentionsrecht,
9. die publicianische Klage²⁾.

2) Man s. Friderus Mindanus Comm. synopt. de materia possessionis, cap. 8 et 9, Francof. 1597. 8, u. Wetzlar 1731. 4. — Westphal, über die Arten der Sachen, Besitz u. §. 200. seq. — Spangenberg, Versuch u. Th. II. §. 156 u. flg. — Höpfner Commentar über die Institut §. 283. — Glück Erläut. der Pandekten Th. II. S. 582 der 2ten Ausg.

Alle diese Beziehungen finden sich in dem Allgem. Landrechte wieder.

I. Der Schutz des Besitzes wird zwar ebenfalls als ein Besitzrecht anerkannt; es wird aber im § 141 d. L. an die Spitze dieser Lehre der allgemeine Grundsatz gestellt:

Gegen Gewalt muß jeder Inhaber und Besitzer geschützt werden, und in Gemäßheit desselben heißt es im § 146:

„Ist die Gewahrsam oder der Besitz Jemanden mit Gewalt entnommen worden, so müssen ihm dieselben, ohne Rücksicht auf ein besseres Recht dessen, der die Gewalt verübt, wieder gegeben werden.“

Das *interdictum recuperandae possessionis unde vi* ist also wörtlich auch dem bloßen Inhaber gegeben. Die *interdicta de clandestina und precaria possessione*, so wie die *interdicta retinendae possessionis* werden dem bloßen Inhaber nicht ausdrücklich beigelegt; denn es heißt darüber:

§ 147. „Eben dieses findet Statt, wenn Jemand die Sache oder das Recht heimlich, durch List, oder bittweise, von dem vorigen Besitzer³⁾ an sich gebracht hat.“

§ 150. „Alle Rechte, welche demjenigen beigelegt sind, der seines Besitzes durch Gewalt, heimlich oder mit List entsetzt worden, kommen auch dem zu, welcher in seinem Besitze solchergestalt zur Ungebühr gestört wird.“

Von der Gewahrsam ist hier also nicht die Rede. Es fragt sich deshalb: hat dabei wirklich ein Unterschied gemacht, d. h. dem bloßen Inhaber zwar das *Interdictum de vi*, nicht aber das *Interdictum de precario und utrobi*; oder haben ihm dieselben Schutzmittel wie dem wirklichen Besitzer ge-

3) Also nicht auch von dem bloßen Inhaber.

geben werden sollen? Man könnte geneigt sein, das Erstere anzunehmen, weil es damals eine Meinung gab und jetzt noch giebt, nach welcher das Interdictum unde vi, aber nur dieses allein, auch dem bloßen Detentor zustehen soll. Es ist dieses die Meinung derjenigen Parthei, welche unter der possessio civilis den juristischen Besitz überhaupt, mag er die Usucapion oder die Interdicte begründen, versteht, und diesem juristischen Besitz die bloße Detention als naturalis possessio entgegengesetzt⁴⁾. Nun heißt es aber in der L. 1. § 9. D. de vi (XLIII. 16):

„Deiicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.“

Daraus folget nach dieser Meinung der Satz, daß der Miether und der Pächter das interdictum de vi haben. Dies wird denn auch wirklich behauptet⁵⁾. — Indes ergeben

4) Der vorzüglichste Schriftsteller dieser Parthei ist Cuperus de natura possessionis, P. I. c. 3. 4 (pag. 24 — 48.) — Thibaut bekannte sich in der Schrift über Besitz § 11. auch dazu, ist von dieser Meinung aber in den Zusätzen zu seiner Ausgabe des Cuperus wieder abgegangen. Noch andere hierher gehörige Schriftsteller sind aufgezählt in: v. Savigny's Besitz, § 10. (6te Aufl. S. 165).

5) Thibaut, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 18. S. 361. 362, dessen Grund von v. Savigny a. a. O. S. 175 widerlegt wird. — v. Tiggerström sagt in seinem Recht des Besitzes S. 197: „Man hat ferner dieses Interdict auf den Colonus ausgedehnt, wohl deshalb, weil es sonst denselben sehr leicht an allem Schutz fehlen würde.“ Dies wird bewiesen durch die Worte des Marcellus aus der L. 12. D. di vi (XLIII. 16.) „igitur interdictum unde vi colono competiturum.“ Wer weiter nichts liest, könnte die Behauptung für wahr halten; diese Stelle behandelt aber den Fall, wo der Colonus zuerst den Verpächter gewaltsam ausgewiesen, mithin selbst den Besitz ergriffen hatte

die Materialien des Allgem. Landrechts keine Spur eines Bewußtseins von dieser Meinung, wiewohl Suarez den Römischen *possessor naturalis* und den *detentor* für einerlei hielt (§ 3); vielmehr finden sich Andeutungen dafür, daß der bloße Inhaber sämtliche possessorigen Rechtsmittel solle gebrauchen können. In dem gedruckten Entwurfe war nämlich noch keine Bestimmung in Beziehung auf die Besitzstörungenklagen (*interdicta retinendae possessionis*). Ein Monent erinnerte, daß die Bestimmung des § 103 des Entwurfs, d. i. der oben mitgetheilte § 146 d. T., auch bei bloßen Störungen angewendet werden müsse, welches Gofler in seinen Bemerkungen über die *Monita* zu thun anheim stellte⁶). Das altmärkische Obergericht brachte deshalb zum § 105 des Entwurfs einige Sätze über streitigen Besitz in Vorschlag, worin von dem Nachweise des gestörten Besitzes die Rede ist. Dazu bemerkt Gofler:

„Einige nähere Vorschriften könnten von Nutzen sein. Nur hat der Monent vergessen, daß es hier nur auf Gewahrsam, auf bloße Rechte des Inhabers, ankommt, nicht auf den Besitz“⁷).

Darauf ist der, oben schon ausgehobene § 150 d. T. hinzugekommen. Nach dem Sinne des Allg. Landrechts muß man also annehmen, daß kein Unterschied zwischen den verschiedenen *Interdicten* statt finden, vielmehr für die übrigen *interdicta recuperandae possessionis* Dasselbe gelten soll, was für den wichtigsten Fall, nämlich für das *interdictum unde*

und dann von einem Dritten mit Gewalt *dejectus* wurde. Gegen diesen wird ihm das *Interdict* zugeschrieben, nicht als Stellvertreter des Verpächters, sondern weil er selbst Besitzer geworden war.

6) Zeitschrift a. a. D. S. 280. 281.

7) Ebendaf. S. 282. — Woher diese Goflersche Theorie kommt, ist unbekannt.

vi gesagt ist, und daß eben so auch die *interdicta retinendae possessionis* dem Inhaber zustehen, zumal diese weniger Erfordernisse haben als jene⁸⁾. Damit harmonirt auch eine andere Bestimmung in der Lehre vom Zurückbehaltungsrecht, Th. I Tit. 20 § 561, wo es heißt:

„Ist aber der Inhaber durch Gewalt oder List des Besitzes entsetzt worden: so verbleibt ihm sein Recht, und er kann auf Wiedereinräumung des Besitzes gegen den Entsetzenden antragen.“

Das Allg. Landrecht also giebt dem bloßen Inhaber, weil es ihn als *naturalis possessor* ansieht, dieselben Schutzmittel, wie sie das Röm. Recht nur dem wirklichen Besitzer zugestehet; jedoch mit einer dadurch nothwendig gewordenen positiven Ausnahme. Dieß Recht soll nämlich der Inhaber nicht gegen denjenigen haben, „in dessen Namen er besitzt;“ dieser soll vielmehr denselben mit Gewalt

8) Hiermit harmonirt die Bemerkung Suarez's zu den §§ 124 — 152 des umgearbeiteten Kircheisen'schen Entwurfs: „Mir scheint es, sagt er, daß in diesen §§ die *iura possessionis* und die *iura possidendi*, die Rechte des bloßen Inhabers und des eigentlichen Besitzers — zu sehr durch einander geworfen sind. Ich würde bei der Umarbeitung mit den Rechten, welche *detentor* und *possessor* mit einander gemein haben, anfangen, sodann die besondern Rechte und Pflichten des bloßen *detentoris* vortragen, von diesen zu den Rechten und Pflichten, die jeder Besitzer, er sei *naturalis* oder *civilis*, hat, übergehen; hiernächst die verschiedenen Arten des eigentlichen Besitzes recensiren, und endlich mit der allgemeinen Bemerkung, daß die übrigen Rechte und Pflichten, die nicht aus dem bloßen *facto possessionis* entstehen, nach der Beschaffenheit des Titels zum Besitze beurtheilt werden müssen, den Beschluß machen.“ Zeitschrift a. a. O. S. 159. — Diese Ordnung findet sich in dem von ihm umgearbeiteten Entwurf und im Landrecht auch wirklich beobachtet, und die Bestimmungen, welche dem Inhaber und Besitzer gemein sind, finden sich in den §§ 137 — 161, mithin beziehen sich die §§ 147 u. 150 auch auf den bloßen Inhaber.

entsetzen dürfen, wenn dadurch die öffentliche Ruhe und Sicherheit nicht gestört, oder der Inhaber in seinen anderweitigen Gerechtsamen nicht beeinträchtigt wird ⁹⁾). Der Inhaber als solcher hat also das *remedium possessorium* nur gegen Dritte; nicht gegen den ermittirenden Besitzer. Diese Ausnahme, welche sich in dem gedruckten Entwurf nicht findet ¹⁰⁾, ist erst auf Suarez's Veranlassung hinzugekommen ¹¹⁾. — Durch die Regel ist einerseits das Recht des

9) §§ 144 u. 145 h. t.

10) In dem Klein'schen Entwurf findet sich der Satz im § 55, wobei als Autorität Voet ad Dig. Lib. 43 Tit. 26 § 3 angeführt ist. Zeitschrift a. a. O. S. 17.

11) Er sagt über die *Monita* zu den §§ 93—105 des gedruckten Entwurfs: „ich glaube, daß die §§ 101. 102 vorgetragene Fälle, daß im Nothfalle Jemand sein n Besitz mit Gewalt zu vertheidigen und zu recuperiren befugt sei, auf den bloßen Inhaber, der gar keinen, weder vollständigen noch unvollständigen Besitz hat, nicht ohne alle Ausnahme passen. Zwar können diese Rechte auch einem solchen Inhaber gegen jeden *tertium* zugestanden werden, nicht aber *indistincte* gegen den, *cuius nomine possidet*. Dieser ist berechtigt, ihn der Gewahrsam auch *propria auctoritate* wieder zu entsetzen; und diese seine Befugniß leidet bloß diejenigen Schranken, welche die Aufrechthaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit erfordern, und welche die Ausübung eines jeden Nothrechtes, daß nämlich solches *ultra casum necessitatem* nicht extendirt werden darf, erfordern. Gegen einen solchen Besitzer kann also der bloße Inhaber sich mit Gewalt nicht vertheidigen, und kann keine *Spolienklage*, keine *possessorium summariissimum* wider ihn anstellen, sondern der Besitzer, welcher sich der Gewahrsam aus eigener Macht wieder angemacht hat, wird nur dem Staate, in sofern, dabei die vorgeschriebenen Schranken überschritten worden, verantwortlich. So kann z. B. mein Bedienter, dem ich Geld auf die Post zu tragen gegeben habe, sich nicht widersetzen, wenn ich ihm solches, allenfalls auch mit Gewalt, wieder abnehme. Mein *depositum*, welches ich bei dem *Depositario* auf dem Tische finde, kann ich mit mir wegnehmen, ohne daß der

Herrn erweitert, in sofern er mit dem *remedium* nun nicht selbst gegen Besitzstörungen aufzutreten braucht, und durch die Ausnahme ist andererseits dessen Recht gesichert gegen die Beschränkung, welche es ohne sie erleiden würde.

Eine andere Frage aber ist die:

ob die Regel auch auf andere Inhaber auszudehnen, als solche, welche als bloße Stellvertreter für einen Andern besitzen?

Nach den von Suarez angeführten Beispielen wäre dieß zu verneinen. Denn außer den Stellvertretern sind nur diejenigen noch bloße Inhaber, welchen der *animus possidendi* überhaupt fehlt, und welche also auch für keinen Andern besitzen; und diejenigen, welche den Besitz auf eine fehlerhafte Weise erworben haben, wollen keinesweges im Namen eines Andern, sondern für sich selbst besitzen. In Beziehung auf Diese ist jedoch das Resultat das nämliche, weil ihnen die *exceptio violentae possessionis* entgegengesetzt werden kann, wenn sie mit dem *remedium possessorium* gegen den Besitzer, der durch Selbsthülfe die Gewahrsam wieder erlangt hätte, auftreten wollten.

II. Die Befugniß sich durch Gewalt gegen Gewalt im Besitz zu behaupten. (Selbsthülfe, Nothwehr). Die Selbsthülfe oder Nothwehr ist keine Folge des Besitzes und gehört gar nicht in das Privatrecht; sondern sie hat nur eine strafrechtliche Beziehung, in sofern davon die Rede ist: ob Jemand, welcher sich gegen Gewalt vertheidigt hat, straffrei bleiben soll, oder nicht¹²⁾. Die Selbsthülfe kommt auch wirklich in den verschiedensten Beziehungen vor,

Depositarius die Spolienklage wider mich anstellen kann.“
Zeitschrift a. a. D. S. 283. Das letzte Beispiel paßt nicht,
wegen des dem Depositar zustehenden Retentionsrechts. A.
L. R. I. 14. § 77.

12) v. Savigny a. a. D. S. 17.

ohne daß dieselbe in andern Verhältnissen als ein daraus folgendes besonderes Recht aufgezählt wird. Gleichwohl war zur Zeit der Redaction des Landrechts die Meinung allgemein, daß die Nothwehr des Besitzers gegen gewaltsame Angriffe eins der vorzüglichsten Rechte sei, welche aus dem Besiß folgen ¹³).

Von dieser Seite haben auch die Redactoren des Landrechts die Sache angesehen, und dem Inhaber und Besitzer wird die Berechtigung beigelegt, Gewalt mit Gewalt abzuwehren ¹⁴). Davon wird unten bei den Schutzmitteln ausführlicher die Rede sein (§ 25).

III. Die Acquisitiv-Verjährung (Usucapion), in der Sprache des Allg. Landrechts „Verjährung durch Besiß.“ Diese ist eine wirklich eigenthümliche Wirkung des Besißes und wird auch von dem Allg. Landrecht dafür angesehen ¹⁵).

IV. Der Früchterwerb des redlichen Besitzers. Wer eine Sache in gutem Glauben besitzt, erwirbt an den Früchten derselben das Eigenthum. Nach Röm. Rechte ist dieses Recht nichts anderes, als eine neue bonae fidei possessio an den Früchten, zufolge der allgemeinen Regel der Accession. Mit dem Augenblick der Absonderung entsteht eine neue bonae fidei possessio an den Früchten, welche durch die dreijährige Usucapion zum Eigenthum führt ¹⁶). Dar-

13) Unter Andern sagt Westphal, Arten von Sachen und Besiß, § 206, S. 198: „Ein anderes ansehnliches Recht, das aus dem Besiß fließt, besteht darin, daß der Besißer, wenn man ihn durch Privatgewalt oder sonst unrechtmäßig entfessen will, sich in seinem Besiß mit Gewalt vertheidigen und behaupten kann.“

14) § 142. „Er ist berechtigt“ etc.

15) Th. I. Tit. 9 §§ 503 u. 579.

16) v. Savigny a. a. O. § 22 a.

aus folgt, daß alle noch vorhandenen Früchte, welche noch nicht usucapirt worden, an den Eigenthümer mit der Hauptsache zugleich herausgegeben werden müssen. Das Allg. Landrecht weicht hiervon wesentlich ab, indem es den Grundsatz aufstellt:

§ 189. „Alle während des redlichen Besitzes gezogene Nutzungen und genossenen Früchte sind und bleiben das Eigenthum eines solchen Besitzers.“

§ 190. „Er darf den Werth davon dem Eigenthümer nicht erstatten; selbst wenn er dadurch im Besitze eines Vortheils sich noch wirklich befindet.“

Der gedruckte Entwurf hatte noch den Römischen Satz: daß der redliche Besitzer die Sache mit den vorhandenen Früchten herausgeben müsse, und nur die genossenen gewinne¹⁷⁾. Noch in der revisio monitorum, bei Umarbei-

17) Th. II. Tit 4 § 120. „Er (der Besitzer) muß aber dem Eigenthümer weichen, und demselben die Sache in dem Stande, in welchem sie sich wirklich befindet, mit den vorhandenen Früchten zurückgeben.“

§ 121. „Alle während des redlichen Besitzes gezogene Nutzungen und genossene Früchte sind und bleiben das Eigenthum eines solchen Besitzers.“

Dagegen monirte der churfürstliche Ober-Appellationsgerichts-rath v. Lindenau, daß in diesem und dem folgenden Paragraphen die Wirkungen des redlichen Besitzes zu weit ausgedehnt schienen; nach der bisherigen Theorie wären sie bloß auf die fructus consumptos eingeschränkt.

Auf dieses Monitum äußerte Gosler: „Der Monent hat keine Gründe angegeben; er würde auch eher das Gegentheil gefunden haben, wenn er die ganze Lehre im Zusammenhange überdacht hätte. Vielleicht wäre es rathsam, dem redlichen Besitzer alle fructus perceptos zuzueignen, ohne Unterschied, ob sie extantes oder consumpti sind. Verschiedene berühmte Rechtslehrer haben dieß sogar nach der römischen Theorie behauptet, und man vermeidet dann die fast unauflöslliche

tung des gedruckten Entwurfs rechtfertigte Suarez diese Theorie und rieth, dabei stehen zu bleiben, indem er bemerkte:

„Herr Gosler bemerkt, die Rechte des redlichen Besitzers wären zu sehr eingeschränkt. Nicht bloß fructus consumpti, sondern auch percepti licet exstantes müßten demselben verbleiben. Hierin aber läßt sich weder in der Natur der Sache, noch in der Billigkeit ein Grund auffinden. Die Lehre des Entwurfs ist der bisherigen gemeinen Rechtstheorie gemäß, und die Schwierigkeiten, welche Herr Gosler besorgt, wegen der in einander laufenden Grenzen von fructibus perceptis et consumptis, sind theils in der Folge gehoben, theils würden sie auch entstehen, wenn genau bestimmt werden sollte, was fructus percepti sind. Ich würde daher auch den Anträgen desselben, daß alle aufgesammelten Borräthe an Getreide und andern Erzeugnissen dem Besitzer verbleiben müßten, nicht beitreten“¹⁸⁾.

In dem umgearbeiteten Entwurf finden sich aber die dieser Ansicht entsprechenden Bestimmungen durchstrichen, und durch diejenigen ersetzt, welche gegenwärtig das Allg. Landrecht in den §§ 189 seq. enthält. Die Gründe dazu finden sich in Suarez's amtlichen Vorträgen bei der Schluß-Revision des Allg. Landrechts angegeben, wo er sagt:

„Das Neue in dieser Theorie von fructibus besteht eigentlich darin, daß de iure rom. der possessor bonae fidei die fructus extantes non usucaptos herausgeben

Schwierigkeit bei Bestimmung der Grenze zwischen fructibus exstantibus und consumptis.“ Zeitschr. a. a. D. S. 294. Wer jene berühmte Rechtslehrer sein sollen, wird nicht angegeben.

18) Zeitschrift a. a. D. S. 302.

mußte; hier aber der redliche Besitzer alle *Fructus perceptos* der frühern Jahre behält.

Für diese neue Theorie streiten folgende Gründe:

a. Der Grund, warum der redliche Besitzer die *Fructus consumptos* nicht hergeben darf, liegt darin, weil ihn die Gesetze als *Dominum temporarium* betrachten, qui *Fructus percipiendo suos reddit.* ¹⁹⁾ cf. L. 28. D. de *usucap.* Geschieht nun die Zueignung der Früchte durch die Perzeption (?), so kann es keinen Unterschied machen: ob die einmal perzipirten Früchte schon verzehrt oder noch vorhanden sind.

b. Wenigstens in Ansehung der *Fructuum industrialium et civilium* behaupten viele Rechtslehrer, daß dieselben, auch wenn sie noch vorhanden sind, dem redlichen Besitzer verbleiben. Cocceji in *iure controv.* Lib. VI Tit. 1 qu. 10.

c. Nimmt man dieß an, so enthält es einen reichen Stoff zu Streitigkeiten, was für *Fructus* unter die *naturales* und *industriales* etc. gehören.

d. Eben so giebt die Berechnung der von den Früchten abzuziehenden Hebungskosten, wenn sie auf mehrere Jahre zurückgehen soll, zu epineusen und kostbaren Prozessen Anlaß.

e. Nach der Lehre des Römischen Rechts ist der liebliche Besitzer, der die Früchte, sobald er sie erhoben hat, verzehrt und durchbringt, gegen den guten Wirth *avantagirt*. Das ist unmoralisch.

19) Keinesweges. Der Grund liegt darin, daß der Eigenthümer nur die *Vindication* hat und mithin nicht *vindiciren* kann, was nicht existirt. Um Ersatz für die consumirten Früchte zu fordern, müßte er eine persönliche Klage haben.

f. Ueberhaupt verdient der Besiß, sobald er redlich ist, mehr Begünstigung und Schonung, als ihm das Römische Recht widerfahren läßt. Wer bona fide und iusto titulo eine Sache an sich gebracht, und sie eine lange Reihe von Jahren hindurch als sein Eigenthum besessen hat, ist schlimm genug daran, wenn er die Sache dem wahren Eigenthümer, der vielleicht aus Sorglosigkeit in so langer Zeit sich um das Seinige nicht bekümmert hat, restituiren muß. Es wäre auffallend hart, wenn er die durch seine Mühe und seinen Schweiß erworbenen und gewonnenen Früchte, dem sorglosen Eigenthümer mit herausgeben müßte, bloß weil sie zufälliger Weise noch in natura vorhanden sind“²⁰⁾.

Diese Bemerkungen declariren die oben mitgetheilten unklaren Bestimmungen des Landrechts, worin bloß von den gezogenen Nukungen und genossenen Früchten als solchen, welche der Besißer gewinnen soll, die Rede ist, während über die vorhandenen Früchte (exstantes) nichts entschieden wird, dahin: daß der Besißer alle **gewonnenen** Früchte für sich behalten soll. Der Grundsatz des Allg. Landrechts also ist:

Der redliche Besißer ist wirklicher Eigenthümer aller während seiner redlichen Besißzeit von der Sache gewonnenen Früchte,

ein willkürlich hineingeworfener, mit dem Ganzen in keinem innern und nothwendigen Zusammenhange stehender Satz, der, wie sich weiterhin zeigt, erst durch eine Anzahl anderer, eben so positiver Hülfssätze anwendbar wird.

Von dieser Regel soll, so ist behauptet worden, in dem Falle eine Ausnahme gelten, wenn Mehrere eine Sache

20) Jahrb. Bd. XLI. S. 8, u. Zeitschr. a. a. D. S. 379.

besitzen, und nicht Alle redliche Besitzer sind. Hier soll der redliche Besitzer nur widerrufliches Eigenthum erwerben, oder vielmehr „nicht voller“ Eigenthümer der gezogenen Früchte, sondern nur vollständiger redlicher Besitzer derselben sein ²¹). Diese Meinung ist irrig. Dagegen findet sich eine wirkliche Ausnahme in einer andern Beziehung. Die Stellen, welche jene Meinung veranlaßt haben, sind die §§ 24 und 25 d. Z. Der § 24 heißt:

„Wenn mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen, so muß jeder die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes für seinen Antheil vertreten.“

Diese Stelle behandelt also ganz regelrecht den Besitz eines jeden Einzelnen als eine possessio für sich, und meint den Fall, welcher in der neuern Kunstsprache mit dem Ausdruck *Composessio* bezeichnet wird, von dessen Natur noch weiter unten die Rede sein soll. Der Verlauf dieser Untersuchung wird zeigen, daß diese Stelle ohne direkten Einfluß auf den Gegenstand derselben ist. Zuvörderst muß aber eine andere falsche Meinung widerlegt werden, weil darauf der unmittelbar folgende § 25 leicht klar werden wird, welcher so lautet:

„Doch kann auch der redliche Mitbesitzer aus der Unredlichkeit des Andern zum Nachtheil eines Dritten keinen Vortheil ziehen. (§ 37).“

In der Note zu diesem § in Grävell's Lehre vom Besitz heißt es unter Andern: es folge aus demselben, daß eine Sache oder ein Recht durch Verjährung von mehreren Mitbesitzern niemals erworben werden könne, sobald nicht alle insgesammt in gutem Glauben sich befänden, oder bei einer theilbaren Sache die einzelnen Mitbesitzer einzelne Theile besaßen hätten. Bei untheilbaren Sachen hingegen stehe die Unredlichkeit eines einzigen Mitbesitzers der Verjährung im Wege. Nur allein bei solchen Gesellschaften, wel-

21) Grävell, in seiner Lehre vom Besitz, Note zu § 191 u § 37.

che als moralische Person betrachtet würden, finde eine Ausnahme Statt (c. 22). Die behauptete Folge aus diesem § ist nicht zu sehen; auch liegt der Meinung kein richtiger Begriff vom Mitbesitz zum Grunde, wie er im § 24, aus welchem der vorliegende § 25 nur eine Folgerung ist, ganz rein aufgefaßt wird. Mehrere Mitbesitzer stehen wegen ihres Mitsitzes in gar keiner juristischen Verbindung, und jeder besitzt ganz für sich, mit oder ohne bona fides, unabhängig von der bona oder mala fides eines Andern, einen Theil der besessenen Sache, als eine besondere Sache, das Ganze mag physisch theilbar sein oder nicht, was zufällig ist,

22) Der bessern Uebersicht wegen setzen wir die Anmerkung zu jenem §. mit dessen Text, aus Grävells Besitz hierher:

§ 25. „Doch kann auch der redliche Mitbesitzer aus der Unredlichkeit des andern *), zum Nachtheil eines Dritten keinen Vortheil ziehen. (§. 37.)“

*) „Dies ist sehr dunkel, indem es unentschieden bleibt, ob der Vortheil, welchen der redliche Mitbesitzer genießen soll, lediglich seinen Entstehungsgrund in der Unredlichkeit des Mitbesitzers, oder in dem unredlichen Mitbesitze überhaupt haben solle, so daß, wenn dieser Mitbesitz nicht Statt gefunden hätte, auch die Beziehung des Vortheils nicht möglich gewesen wäre. Daß die Absicht des Gesetzes auf das letztere gegangen sei, erhellet besonders aus der Bezugnahme des § 37. Dies vorausgesetzt, folgt aus dem obigen §, daß eine Sache, oder ein Recht durch Verjährung von mehreren Mitbesitzern niemals erworben werden kann, sobald nicht alle insgesammt in gutem Glauben sich befinden, oder bei einer theilbaren Sache die einzelnen Mitbesitzer einzelne Theile besessen haben. Bei untheilbaren Sachen hingegen steht die Unredlichkeit eines einzigen Mitbesitzers der Verjährung im Wege. Nur allein bei solchen Gesellschaften, welche der Staat als eine moralische Person betrachtet, findet eine Ausnahme Statt (§ 38), in sofern die Mehrheit der Mitglieder in gutem Glauben besessen hat, was aber auf andere Gesellschaften nicht ausgedehnt werden darf, deren Gesammtheit im Staate nicht für eine moralische Person angesehen wird. (Allgem. Landrecht II, 6, §. 23 und 25.)“

und auf die Natur des Besitzes der einzelnen Mitbesitzer nicht den geringsten Einfluß hat. Denn ist sie physisch theilbar, so kann selbst von einer sogenannten Compossessio nicht einmal die Rede sein; ist sie physisch nicht theilbar, so besitzt ein jeder von den mehreren seinen Theil ideell von den Uebrigen abgefondert. Zwischen beiden Fällen ist, juristisch betrachtet, gar kein Unterschied. Sind nun also eben so viel von einander juristisch ganz unabhängige possessiones wirklich und unleugbar vorhanden, warum sollen denn nicht aus jeder einzelnen die Rechte des Besitzes, also unter anderm auch das Eigenthum des Gegenstandes durch Verjährung, folgen können? Es ergiebt sich hieraus, daß es keinesweges eine Ausnahme ist, wie in der gedachten Schrift behauptet wird, wenn eine juristische, aus mehreren physischen bestehende, Person doch verjähren kann, wenn auch nicht alle physische Personen in bona fide sind. Hier ist bekanntlich die juristische Person von den physischen, welche sie bilden, juristisch ganz verschieden; und bei welchen Gesellschaften keine solche juristische Person anerkannt wird, da ist eben keine vorhanden, und in den Mitgliedern solcher Gesellschaften ist so wenig durch die Abwesenheit der juristischen Person etwas verändert, als die Rechtsverhältnisse der physischen Personen, als solcher, durch das Dasein der juristischen modificirt sind. Eine juristische Person also hat keine Compossessio, sondern gewöhnlichen Besitz, und die Mitglieder einer Gesellschaft, welche keine juristische Person ausmachen, haben einen Mitbesitz in dem oben angegebenen Sinn. Wenn nun bei einer juristischen Person von einem Mitbesitz nicht die Rede sein kann: so folgt, daß der § 25 mit denjenigen Stellen, welche von dem Besitz solcher juristischen Personen sprechen, nicht in Verbindung gebracht werden kann, so wenig, als die Lehre vom Mitbesitz mit der vom Besitz juristischer Personen in einem wesentlichen innern Zusammenhange steht.

Dies mußte erst festgestellt werden, um zu zeigen, daß

die Anführung des § 37 am Ende des § 25 nicht passend und ganz ohne Folgen ist.

In diesem Zusammenhang betrachtet, bestimmt der § nichts anders, als die bloße Folge des unmittelbar vorhergehenden Paragraphen, und er sollte entweder ganz fehlen, oder mit der conclusiven Verbindungs-Partikel „daher,“ statt mit der adversativen „doch,“ mit dem vorhergehenden Satz in Verbindung gebracht worden sein. Die Absicht bei der Abfassung des § 25 ist zwar wirklich dahin gegangen, eine Ausnahme festzusetzen, allein gleichwohl ist diese Absicht nicht erreicht worden; denn der Gesetzgeber hat den Fall des Besitzes einer Corporation (§ 37 l. c.) mit der Compossessio verwechselt und sich den Fall gedacht, welchen der § 37 entscheidet. Für beide Fälle ist aber der zu erklären versuchte § 25 ganz müßig und ohne practische Folgen; man muß sich nur vor der Verwechslung der Compossessio, wo Mehrere eine Sache nach intellectuellen Theilen als Sache für sich besitzen, mit dem Besitze einer Corporation (juristischen Person) hüten. Daß sich Suarez, der Verfasser des bei Umarbeitung des gedruckten Entwurfs eingeschobenen § 25, diese beiden Verhältnisse nicht klar gedacht hat, erhellet aus dessen Bemerkung zum § 24 (16 des Entwurfs), wo er sagt: „Ad § 16 ist es zwar richtig, daß wenn mehrere Personen, die nicht pro persona morali zu achten sind, den gemeinschaftlichen Besitz einer Sache erworben haben, jeder seine bonam vel malam fidem pro sua rata vertreten müsse. Da es aber möglich ist, daß eine solche Sache entweder sua natura untheilbar war, oder daß sie von den mehreren compossessoribus pro indiviso besessen wurde, so ist für diesen Fall eine Bestimmung nöthig. Diese kann keine andere sein, als die, daß auch der compossessor bonae fidei durch die malam fidem seines Genossen nicht profitiren kann.“ — Hier confundirt er ursprünglich die Compossessio mit dem Besitze einer Corporation. Ein Compossessor kann von selbst niemals durch die mala fides des Andern gewinnen, weil der

Mitbesitz des Einen nicht zugleich der des Andern ist. Auch die Erwerbung des Besitzes des Einen ist für den Andern gleichgültig. Denn entweder erwirbt Dieser seinen Mitbesitz von Jenem, dann ist er dessen Nachfolger im Besitz; oder er erwirbt ihn durch Jenen, dann ist Jener Stellvertreter. In beiden Fällen ist dessen mala fides durchaus gleichgültig für Diesen. Das angeführte Beispiel beweiset, daß Suarez dieß nicht bedacht hat. Er fährt nämlich fort: „Z. E. wenn von mehreren Sociis Einer mala fide ein Haus für die Societät acquirirt, und solches der Societät zum gemeinschaftlichen Gebrauch für die Compagnie-Handlung überläßt, so muß die ganze Societät dem Eigenthümer für den daraus gezogenen Vortheil gerecht werden, und auch die redlichen Mitglieder können das Eigenthum des Hauses für die Societät per praescriptionem nicht erwerben. Darin unterscheidet sich aber eine bloße Privat-Societät von einer Corporation, die nur eine personam moralem ausmacht.“ — Dies Exempel ist durchaus unrichtig und beruht auf einem reellen Irrthum. Entweder hat der Socius im Namen der Gesellschafter erworben, — alsdann kommt die Regel des § 22 h. t.: „die Unredlichkeit des Dritten, durch welchem Jemand einen Besitz erwirbt, schadet demjenigen nicht, für welchen der Besitz erworben worden,“ zur Anwendung. Oder er hat für sich erworben und überträgt den Besitz an die Gesellschafter, — alsdann sind diese Nachfolger im Besitz, welchen die mala fides des Vorgängers nichts schadet. § 40. Hieraus erhellet, daß der eingeschobene § 25 gar keine Bedeutung hat. Wollte man ihn auf den Besitz Mehrerer an einer untheilbaren Sache beziehen, so würde er den § 24, so wie den Mitbesitz (Compossessio) überhaupt, ganz aufheben²³); denn dieser besteht eben in den Besitze Mehrerer an einer solchen Sache nach ideellen Theilen.

23) Die Gesetz-Revisoren haben daher auch auf die Weglassung des § 25 angetragen. Motive zu dem Entwurf der Tit. 2 u. 7 u. S. 30.

Die bisherige Untersuchung hat zum Zweck gehabt, zu zeigen, daß die beiden §§ 24 und 25 keine Ausnahme enthalten, für sich abgeschlossen sind, und nicht mit den Bestimmungen in Verbindung gebracht werden können, welche der Sitz derjenigen Lehre sind, bei welcher allerdings eine Ausnahme, aber in anderer Beziehung vorkommt. Es heißt im § 35:

„Bei Sachen, wo nur die Substanz der ganzen Gemeine gehört, die Nutzungen aber unter die einzelnen Mitglieder vertheilt werden, sind die Rechte und Verbindlichkeiten eines jeden Mitgliedes, in Beziehung auf diese Nutzungen, nur nach seiner eigenen Redlichkeit oder Unredlichkeit zu beurtheilen. (§ 24.)“

§. 36. „Wenn also die Sache selbst, wegen Unredlichkeit des Besitzes der Gemeine überhaupt (§ 26) dem Eigenthümer zurückgegeben werden muß; so sind ihm wegen sämmtlicher bisheriger Nutzungen, die unredlichen Mitglieder hauptsächlich verhaftet.“

Diese beiden §§ stehen hier als Einleitung zu dem folgenden, auf den es eigentlich ankommt:

§. 37. „Können aber diese den Eigenthümer nicht entschädigen; so müssen auch die redlichen Besitzer, jedoch nur so weit, als dieselben aus diesen Nutzungen wirklich Vortheile gezogen haben, dem Eigenthümer gerecht werden.“

Diese Stellen sprechen von dem Besitz, welchen eine juristische Person hat; und dieser ist kein Mitbesitz, sondern ein alleiniger ausschließlicher Besitz, daher — wie schon oben erwiesen ist — auch die Vorschriften über dem Mitbesitz hier keine Anwendung finden, und die Anführung des § 24 am Ende des § 35 nicht paßt. Die juristische Person ist von den physischen Personen, welche sie bilden, juristisch durchaus verschieden, und Letztere werden in der Ersteren

als gar nicht vorhanden betrachtet. Werden diese beiden Begriffe streng geschieden, so ist das Verhältniß klar und einfach. Der § 35 spricht von dem Falle, wo eine juristische Person (Gemeine) den Besitz einer Sache hat, und deren Früchte unter andere Personen (die physischen, aus welchen die juristische selbst besteht, d. h. hier die Mitglieder der Gemeine) vertheilt: aus welcher causa, ist hier gleichgültig. — Haben denn diese Personen Früchte bezogen? Gewiß so wenig, als ein vorübergehender Reisender, welcher aus dem, am Wege liegenden, Weinberge sich vom Besitzer Trauben erbittet oder kauft, im juristischen Sinne Früchte gezogen hat. Sie haben solche als besondere, von jeder andern unabhängige Sache, von außen her gerade so erworben, wie der Reisende seine Trauben. Fragt man, welches Recht denn diese Personen an solchen Sachen erworben haben: so ist die Antwort nach der Beschaffenheit des Rechts des Auctors, und der eignen Redlichkeit verschieden.

Hieraus ergibt sich, daß der im § 37 vorausgesetzte Fall kein Fruchterwerb eines Mitbesizers ist. Suarez hat ihn aber dafür angesehen. Er sagt nämlich in der *revisio monitorum* zu §§ 16—22 des gedruckten Entwurfs, Nr. 4:

„Alles was §§ 17 — 21 gesagt ist, kann nur von Sachen gelten, quae in patrimonio universitatis sunt, i. e. wo nicht nur das Eigenthum der Gemeine gehört, sondern wo auch die Nutzung *ad sustinenda onera communitatis* verwendet werden. Bei *rebus universitatis in specie sic dictis*, wo das Eigenthum zwar der Gemeine, die Nutzungen aber den einzelnen Mitgliedern gehören, ist ein Unterschied zu machen zwischen denjenigen Wirkungen des Besitzes, welche auf die Substanz der Sache, und denjenigen, welche bloß auf *perceptionem fructuum* Beziehung haben. In Ansehung der Substanz muß es freilich bei den §§ 17 — 21 bleiben, wonach die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes der *Commune* überhaupt auf die Mehrheit ankommt. *Quoad perceptionem fructuum* aber kommt es auf die Redlich-

keit oder Unredlichkeit eines jeden einzelnen Theilnehmers an. Z. E. eine Commune kauft einen Wald a non domino, und vertheilt das daraus jährlich zu nehmende Holz unter die einzelnen Mitglieder. Hat die größere Hälfte die Ungültigkeit des Besitztittels gewußt, so ist freilich die ganze Commune pro possessore malae fidei zu achten. Sie kann also gegen den Eigenthümer nicht präscribiren; sie kann bei der Rückgabe keine meliorationes fordern u. s. w. Aber diejenigen Mitglieder, die für ihre Personen redlich waren, dürfen das erhaltene Holz nicht zurückgeben, noch bezahlen. Eben so auch umgekehrt. Hat der größere Theil der Commune die Ungültigkeit des Besitztittels nicht gewußt, so ist allerdings die Commune, qua persona moralis, pro possessore bonae fidei zu achten. Aber die darunter befindlichen einzelnen unredlichen Mitglieder können sich die Rechte redlicher Besitzer weder pro praeterito noch pro futuro anmaßen. Hierauf gründet sich der § 35 ²⁴⁾ der Umarbeitung.“

Darauf ist concludirt:

„Wenn die Commune die Substanz qua persona moralis redlich ²⁵⁾ besessen hat, so dürfen die redlichen Mitglieder die fructus nicht restituiren, außer in subsidium“ ²⁶⁾.

Hiergegen monirte Heidenreich: es sei wider das allgemeine Recht, daß der redliche Besitzer die Nutzungen erstatten solle. Suarez aber bemerkte dagegen zu § 36 der Umarbeitung, d. i. der § 37 d. T.:

„Der Fall ist möglich, daß der Besitz einer Gemeinde, als eine moralische Person betrachtet, unredlich ist, und gleichwohl einige Mitglieder der Gemeinde ihren Theil der Nutzungen von der solchergestalt besessenen Sache redlicher Weise gezogen haben. Wenn nun

24) Das ist der § 36 d. T.

25) Soll wohl unredlich heißen.

26) Zeitschrift a. a. O. S. 228.

dem Eigenthümer die Sache restituirt werden muß, so kann er zugleich fructus perceptos fordern, weil die Gemeine, qua talis, in mala fide gewesen ist. Wer soll ihm alsdann diejenigen fructus erstatten, welche die redlichen Mitglieder bona fide bezogen haben?

Der Text nimmt an, daß die unredlichen Mitglieder dafür principaliter haften müssen; in subsidium aber sollen ihm auch die redlichen Besitzer Ersatz leisten, so weit sie wirklich locupletiores geworden sind. Dieß wird bezweifelt, weil ja ein redlicher Besitzer fructus perceptos et consumptos niemals restituiren dürfe; allein es ist hier der Fall einer Collision vorhanden. Dem Eigenthümer wurde das Seinige von der Commune mala fide vorenthalten; er hat also unstreitig ein Recht, solches cum fructibus perceptis zurückzufordern.

Freilich hatten auch die redlichen Mitglieder ihren Theil der Nuzungen bona fide genossen, und in so weit haben sie den Schutz der Gesetze für sich. Bei dieser Collision aber scheint es doch das Billigste, die Ausnahme zu Gunsten des Eigenthümers zu machen, mit dessen Schaden die Mitglieder der unredlichen Commune reicher geworden sind.“

Darauf heißt es:

„Cessat (das monitum von Heidenreich)“²²⁾.

Hierdurch wird der Sinn der §§ 35—37 völlig klar. Diese Bestimmungen, so verstanden, wie sie nach der Absicht der Verfasser verstanden werden sollen, enthalten aber drei Abnormitäten.

Die Eine ist, daß dadurch ein Mitbesitz Mehrerer (Compossessio) gesetzt wird, wo er thatsächlich nicht ist.

22) Ebend. S. 355.

Vorausgesetzt wird, daß eine Commune den Wald besitze und das geschlagene Holz vertheile, und doch sollen die physischen Personen, aus welchen die Commune besteht, zugleich auch Besitzer sein. Bekanntlich ist die Commune, als juristische Person, ein von den physischen Personen ganz verschiedenes Rechts-Subject; und wenn die physischen Personen für sich von der juristischen Person, Commune genannt, etwas erwerben, so ist jede für sich ein Singular-Successor der Commune. „Wer soll ihm alsdann diejenigen fructus erstatten, welche die redlichen Mitglieder bona fide gezogen haben?“ Kein Anderer, als der *malae fidei possessor* des Waldes, d. i. die Commune, welche die Früchte veräußert hat. Die einzelnen physischen Personen, welche davon etwas erhalten haben, sind dritte Besitzer, und werden dem Eigenthümer gegenüber nach den Regeln behandelt, welche über die *Vindication* gelten. Sie sind bloß Besitzer der Holzstücke, die in Beziehung auf sie keine Früchte sind.

Die Andere ist, daß im Widerspruch mit dem Grundsatz: „Alle während des redlichen Besizes gezogene Nutzungen und genossenen Früchte, sind und bleiben das Eigenthum eines solchen Besitzers“ (§ 189), die redlichen Mitglieder der Commune kein Eigenthum haben, ungeachtet sie selbst für ihre Person Besitzer sein sollen, was sie in Beziehung auf den Fruchtgenuß freilich nicht sein können. Sie sollen in *subsidium* die bona fide erworbenen Gegenstände, soweit sie davon Vortheil gehabt haben, dem Eigenthümer herausgeben oder ersetzen. Dieß ist die Ausnahme, welche nachgewiesen werden sollte. Auf den Grund gesehen ist es eigentlich keine Ausnahme, wenn man nur nicht von dem Irrthum ausgeht, daß die physischen Personen in der Commune eine *Compossessio* am Walde haben. Denn vermeidet man denselben und hält fest, daß die juristische Person, Commune genannt, alleiniger Besitzer des Waldes ist und die Früchte an Andere vertheilt hat, so erscheint es regelrecht,

daß der Eigenthümer von den Abnehmern diese Früchte nicht als solche, sondern als einzelne ihm gehörige Sachen vindicire, wobei denn der eigene Glaube des Beklagten maßgebend ist für Dasjenige, was er dem Vindicanten ohne Vergütung herauszugeben hat. Hiernach erledigt sich auch die Frage: in wiefern die redlichen Mitglieder sich mit der Verjährung schützen können. Doch bleibt die vorgeschriebene Subsidiarität abnorm.

Die dritte Abnormität besteht darin, daß der vindicirende Eigenthümer die Accessorien von andern Personen fordern soll als von welchen er die Hauptsache zu fordern hat, nämlich die Hauptsache von der Commune, und die von derselben veräußerten Früchte von den unredlichen Abnehmern in der Commune, in subsidium auch von den redlichen; und daß nicht vielmehr der Ersatz der Accessorien dem unredlichen Besitzer (der Commune als solcher) obliegen soll, und die Aufbringung der dazu gehörigen Mittel als eine innere Communal-Angelegenheit angesehen wird, welche die Mitglieder unter sich abzumachen haben, wobei sie die Unredlichen immerhin vorzugsweise möchten anziehen dürfen. So wie die Bestimmung jetzt ist, zeigt sie sich, abgesehen von ihrer Inconsequenz, unpractisch und macht dem vindicirenden Eigenthümer die größten Schwierigkeiten, indem er zuerst mit der Commune wegen der Hauptsache zu thun hat, und dann, wenn er deren Unredlichkeit bewiesen hat, die unredlichen Mitglieder heraussuchen und verfolgen, und endlich, wenn diese nicht gerecht werden können, die redlichen Mitglieder in subsidium belangen muß.

Das Resultat dieser Untersuchung ist also: die §§ 24 und 25, welche vom Mitbesitz handeln, enthalten keine Ausnahme von der Regel in Beziehung auf den Fruchterwerb des redlichen Besitzers; dagegen ist durch die §§ 35—37 eine Ausnahme von dieser Regel für einen Fall vorgeschrie-

ben, wo eigentlich kein Mitbesitz und auch kein Fruchterwerb statt gefunden hat.

Wir kommen zu der Frage:

Durch welches Ereigniß, und von welchem Zeitpunkt an gilt die Frucht für gewonnen, oder das Eigenthum derselben dem Besizer für erworben?

Nach Röm. Rechte entscheidet darüber bekanntlich die Separation, von deren Zeitpunkt ab das Eigenthum durch Usucapion oder durch Consumtion erworben wird. Diesen Grundsatz haben die Redactoren des Landrechts entschieden verlassen, und an dessen Stelle die Regel gesetzt:

Der redliche Besizer behält alle und jede Früchte und Nutzungen vorhergehender Wirthschaftsjahre, ohne Unterschied, ob dieselben schon verzehrt, veräußert, oder noch wirklich vorhanden sind; die Nutzungen des letzten Jahres werden zwischen dem Besizer und Eigenthümer getheilt. §§ 195. 197.

Für diese neue Theorie giebt Suarez in der Schluß-Revision folgende Gründe an:

„Das Neue in dieser Theorie von fructibus besteht eigentlich darin: daß das Römische Recht in Ansehung des letzten Jahres mit dem Tage, da der possessor bonae fidei per litiscontestationem in malam fidem versetzt worden, streng abschneidet; das Gesetzbuch hingegen die fructus ultimi anni bei nutzbaren Grundstücken zwischen dem Besizer und Eigenthümer pro rata temporis theilt. Dafür streiten folgende Gründe: Bei Landwirthschaften lassen sich Früchte eines gewissen bestimmten Zeitpunktes gar nicht gedenken; sondern nur von einem ganzen Wirthschaftsjahre kann bestimmt werden, was das Gut in diesem Jahre getragen habe. Nach der Römischen Theorie hängt es bloß vom Zu-

fall ab, zu welcher Zeit der Besitzer durch Insinuirung der Citation in malam fidem versetzt wird, und ob er darnach viel oder wenig fructus restituiren soll. Es kann sich sonach treffen, daß er alle Lasten und Unglücksfälle der Wirthschaft getragen hat, und von den fructibus wenig oder gar keinen Nutzen zieht²³⁾. Umgekehrt kann aber auch der Eigenthümer sehr leiden, wenn die Räumung in einem Zeitpunkte geschieht, wo alle Nutzung schon eingezogen und verzehrt, und doch noch große Ausgaben und Lasten zu tragen sind²⁴⁾. Die genaue Bestimmung des Zeitpunkts, wenn die verschiedenen Arten von Nutzungen, besonders fructus industriales et civiles, eigentlich fällig sind, erfordert viele und weitläufige, in ein großes Detail gehende, gesetzliche Vorschriften, bei deren Anwendung Streitigkeiten und Prozesse sehr häufig entstehen können. Hingegen wird durch die im Gesetzbuch angenommene Theorie die Sache ausnehmend simplificirt²⁵⁾.

Hieraus ersieht man, daß es auf den Zeitpunkt der Separation beim Früchterwerb weiter nicht ankommen soll; man vermißt aber die Bestimmung: was denn nun eigentlich als diejenige Handlung anzusehen ist, durch welche das Eigenthum erworben wird. Der Entwurf enthielt noch die Theorie von der Separation, welche bei der Umarbeitung verworfen worden ist, ohne daß man jene Frage, die man

23) Die impensae necessariae kann ja jeder Besitzer abziehen oder erstattet verlangen.

24) Der Fall kann bei einer solchen Landwirthschaft nicht vorkommen, denn wenn auch der Besitzer die ganzen Nutzungen und die stehende Erndte voraus verkaufen wollte, so würde doch erst die Separation die Uebergabe gestatten und der Eigenthümer von dem Dritten, der kein Eigenthum erworben hätte, die abgeführten Früchte vindiciren können.

25) Jahrb. Bd. XLI. S. 8, u. Zeitschr. a. a. D. S. 379.

durch die getroffene Bestimmung für erledigt hielt und die dadurch auch ihre practische Wichtigkeit verloren, weiter in Erwägung gezogen hat. Man findet darüber aber an einer andern Stelle, nämlich im § 221 Tit 9 Th. I, wo überhaupt vom Fruchterwerb gehandelt wird, folgende Bestimmung:

„Die Früchte einer Sache sind, gleich bei ihrem Entstehen, das Eigenthum desjenigen, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat.“

An diesen Grundsatz ist bei dem Fruchterwerb des redlichen Besitzers nicht gedacht worden, als man die Römische Theorie in der Art, daß die Separation das Eigenthum geben sollte, beibehalten wollte; und es ist ein Zufall, daß durch die Abänderung des Entwurfs eine Einheit im Prinzip bei den verschiedenen Fällen des Fruchterwerbs herbeigeführt worden ist.

Man hat behauptet, daß jener Grundsatz über die Zeit der Erwerbung der Früchte doch nicht gelte bei dem Fruchterwerb des redlichen Besitzers, vielmehr hier die Separation entscheide²⁶⁾. Angenommen, es wäre so, wie wollte man erklären, daß der Besitzer auch Miteigenthümer der noch nicht abgesonderten Früchte, nämlich der des letzten Jahres und umgekehrt wieder nur Miteigenthümer bereits abgesonderter Früchte aus diesem Jahre ist, die er mit dem Nachfolger theilt? Zu dieser Theilung ist man ja gerade dadurch gekommen, daß man den Römischen Grundsatz von der Separation aufgegeben hat. Wäre man dabei nach den Bestimmungen des Entwurfs geblieben, so würde der erst in Folge der Abänderung des Entwurfs angenommene Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit und der Theilung nicht

26) Grävell, Lehre vom Besitz, S. 87; und nach ihm Bornemann, in seinem System, Bd. I. S. 554.

in Vorschlag gekommen und auch gar nicht nöthig gewesen sein; denn beide Grundsätze schließen sich gegenseitig aus. Freilich, aus dem Grundsätze, daß das Eigenthum der Früchte sogleich mit dem Entstehen derselben erworben werde, folgt die Gemeinschaftlichkeit der Früchte des letzten Jahres auch nicht, aber zu diesem verhält sie sich doch wenigstens wie eine Ausnahme, während bei dem Grundsätze der Separation wieder Ausnahmen von der Ausnahme statuirt werden müßten, wenn z. B. aus dem vorletzten Jahre noch nicht abgesonderte Früchte vorhanden wären. Kurz, der Grundsatz: daß Eigenthum der Früchte wird mit ihrem Entstehen erworben, ist mit der Ausnahme: die Früchte des letzten Jahres werden jedoch getheilt, consequent durchzuführen; der andere Grundsatz aber: daß Eigenthum entsteht mit der Absonderung, ist mit dieser Ausnahme nicht durchzuführen, wenn noch vorjährige Früchte unabgesondert sind. Ueberdies giebt es keinen juristischen Grund, zwei ganz verschiedene Prinzipien bei dieser Art der Erwerbung des Eigenthums, je nach dem Titel, anzunehmen. Man hat zwei Gründe dafür geltend gemacht. Der eine soll der Unterschied sein zwischen dem, aus dem Besitze entspringenden Nutzungsrecht, und dem Nutzungsrecht, welches sich auf eine rechtliche Befugniß zur Benutzung gründet. Der andere soll in der Bestimmung des § 193 d. E. liegen, weil es darin heißt:

„Bei beweglichen nutzbaren Sachen gehören dem Besitzer alle Früchte, die während der Redlichkeit seines Besizes von der Substanz **abgesondert** worden.“

Der Unterschied der gedachten Nutzungsrechte soll, wie Grävell a. a. O. S. 87 meint, daher kommen, „weil die Früchte bei ihrem Entstehen, als Accessorien der Hauptsache, Eigenthum des wahren Eigenthümers der Letztern werden, und nur erst durch die Absonderung, als eine besondere Besitzergreifung, in das Eigenthum des Besitzers übergehen.“

In dieser Argumentation ist erstlich die Voraussetzung irrig, daß die Absonderung eine Besitzergreifung sei. Zweitens hat es keinen juristischen Sinn, daß bei dem (vollständigen) Besitz die entstehenden Früchte Accessorien der Hauptsache, und bei andern Nutzungsberechtigungen (bei dem unvollständigen Besitz) keine Accessorien sein sollen. Der aus der Accession hergenommene Grund ist aber überhaupt auch irrig; denn das Allg. Landrecht ist von dieser Regel, beim Frucht-erwerb, abgegangen. Bornemann hat für diese Grävell'sche Meinung noch einen besondern Grund. Er sagt a. a. D. (Note 26): der § 221 Tit. 9 finde sich verbotenus schon im Entwurfe II. 6 § 192. Dennoch sei in eben demselben bestimmt, daß der redliche Besitzer nur die fructus consumptos behalten solle, woraus wohl unzweifelhaft hervorgehe, daß wenigstens die Redactoren den § 221 auf das Verhältniß des redlichen Besitzers zur Sache nicht bezogen hätten. — Es geht daraus aber nichts weiter hervor, als daß die Redactoren an den Zusammenhang dieser Materien nicht gedacht haben, und daß keine Einheit in den Prinzipien gewesen sein würde, wenn es bei dem Entwurfe geblieben wäre. Der Entwurf ist jedoch abgeändert worden. Bornemann fügt noch einen andern Grund hinzu, und sagt: „In der That kann denn auch das Nutzungsrecht einer Sache nur dem zugeschrieben werden, welcher seine Befugniß zur Benutzung von dem Eigenthümer herleitet. Der Besitzer hat dagegen kein wirkliches Nutzungsrecht, sondern lucrirt die Früchte, die er an und für sich ohne Recht bezogen hat, nur wegen seiner bona fide beschafften Production.“ Wenn wir das Juristische daran richtig verstehen, so ist dieses gemeint: 1. Es kann Niemand mehr Rechte auf den Andern übertragen, als er selbst hat; daher hat der bonae fidei possessor kein Recht. 2. Wiewohl also der Besitzer kein Recht hat, so gebühren ihm die Früchte doch, wegen seiner bona fides und Cultur. Das Letztere ist uns nicht verständlich, darum können wir darüber mit dem Geg-

ner nicht streiten. Daß Erstere aber ist nicht immer wahr, denn es gelten davon nach dem Landrecht Ausnahmen, wie sie schon das deutsche Recht kennt, zufolge der Paroemie: „ein Schelm giebt mehr als er hat.“ Solche Ausnahmen finden gerade bei der *bonae fidei possessio* statt. Das Allg. Landrecht schreibt dem redlichen Besitzer, im § 176 d. T., auch ausdrücklich alle „Rechte“ des Eigenthümers gegen jeden Andern, als den wahren Eigenthümer zu. — Es ist also unerklärlich, daß der Besitzer ein Nutzungsrecht ohne rechtliche Befugniß dazu haben soll. Gründete es sich nicht auf eine rechtliche Befugniß, so wäre ja gar kein Recht, mithin auch kein Nutzungsrecht vorhanden. Ueberdies kann der Fall vorkommen, wo der Besitzer sein Besizrecht allerdings von dem Eigenthümer selbst herleitet, und nur wegen irgend eines Fehlers nicht das Eigenthum erworben hat.

Der oben mitgetheilte § 193 d. T. aber, aus dessen Bestimmung der zweite Beweisgrund für jene behauptete Zwiespältigkeit im Prinzip hergenommen wird, enthält nicht die Regel, sondern eine ganz nothwendige, durch die Natur der Sache gebotene Ausnahme davon, nicht bloß für den Fruchterwerb des vollständigen Besitzers, sondern auch für den eines jeden andern Nutzungsberechtigten oder unvollständigen Besitzer. Die Worte des § 193 ergeben, daß darin nur von gewissen Arten von Sachen, nämlich von beweglichen nutzbaren, die Rede ist. Um zu zeigen, daß der Fruchterwerb von diesen Gegenständen nicht nach der Regel des Allg. Landrechts behandelt werden kann, erinnern wir mit Wenigem an die Grundsätze des Gemeinen Rechts. Darnach hat der redliche Besitzer an den Früchten dieselbe *bonae fidei possessio* wie an der Hauptsache. Durch ihre Absonderung werden sie bloß ein besonderer Gegenstand der *bonae fidei possessio*, welche, von dem Zeitpunkt der Absonderung an, nur ein eigenes Schicksal hat, während die noch nicht abgeordneten das Schicksal der Hauptsache thei-

len. Hieraus folgt, daß beim Ende der Redlichkeit der Besitzer an den Früchten schon wirkliches Eigenthum erlangt haben kann, durch Consumtion oder dreijährige Verjährung, während ihm an den pendenten Früchten so wenig ein Recht zusteht, als an der Hauptsache selbst, wonach das Verhältniß zwischen dem Besitzer und dem Eigenthümer sich ganz einfach und ohne künstliche Nachhülfe auflöst.

Halten wir die Grundsätze des Allgem. Landrechts dagegen. Hiernach soll der *bonae fidei possessor* an den Früchten gleich wirkliches Eigenthum haben. Wäre der Anfangspunkt desselben auch hier das Factum der Absonderung, wie sie es nach Römischem Recht bei der neuen *bonae fidei possessio* an den Früchten ist, so ginge die Sache noch eben so einfach aus einander. Der *bonae fidei possessor* behielte die abgetrennten Früchte, und forderte dazu bloß seine *impensae*, die er auf die noch pendenten Früchte schon gemacht hätte. Aber es soll die Zeit der Entstehung der Früchte Anfangspunkt vom Eigenthum des Nutzungsberechtigten daran sein. Daraus würde folgen, daß sich seine Nutznießung weit über die Dauer seines Rechts selbst hinaus erstreckte. — Zur Abwendung dieser rechtswidrigen Folgen war also die Bestimmung nöthig, daß da, wo dieselben eintreten könnten, eine künstliche Berechnung Statt finden solle. Diese ist bei beweglichen nutzbaren Sachen in den meisten Fällen gar nicht möglich, wie sich an einem Beispiele zeigen wird. Sehen wir, daß Jemand den Nießbrauch einer Heerde habe. Demselben ist das Eigenthum der, lang oder kurz, vor dem Ende des Nießbrauchs concipirten Jungen nach dem Hauptprinzip nicht abzuspochen. Es müßte also wegen derselben ebenfalls eine Proportions-Rechnung angelegt werden. Wie will denn aber ausgemittelt werden: welche Jungen entweder kurz nach, oder kurz vor und wie lange vor Ablauf des Nießbrauchs concipirt worden? Um also diesen unendlichen Weitläufigkeiten vorzubeugen, mußte der

Gesetzgeber, bei diesen Arten von Sachen, die in Rede stehende Bestimmung treffen. Aus dieser Darstellung rechtfertigt sich zugleich auch die Behauptung: daß diese Ausnahme nicht bloß für den Fruchterwerb des redlichen Besitzers, sondern ganz allgemein für alle mögliche Arten des Fruchterwerbs gilt, wo der Erwerber nicht zugleich der Eigenthümer ist.

Bis hierher ist aus der rechtlichen Natur der Sache und durch Widerlegung der für die gegentheilige Meinung geltend gemachten Gründe indirect dargethan, daß der redliche Besitzer ebenfalls zu den Nutzungsberechtigten, d. h. zu solchen, welche ein Recht oder eine Befugniß zur Benutzung haben, gehöre, daß dessen Nutzungsrecht von dem Nutzungsrecht eines andern Nutzungsberechtigten sich qualitativ nicht unterscheidet, und daß mithin der Grundsatz des § 221 Tit. 9 bei dem Fruchterwerb des redlichen Besitzers eben so gut wie bei dem eines jeden andern Berechtigten gelte und keinesweges bei dem Erstern erst die Separation der Erwerbungsakt sei. Wir fügen nun noch einen positiven directen Beweis hinzu. Wenn nämlich jene Meinung richtig wäre, daß das Recht des redlichen Besitzers und das Recht anderer Nutzungsberechtigten qualitativ oder in ihren Wirkungen in Hinsicht auf den Fruchterwerb sich unterschieden, und daß der Grundsatz des § 221 Tit. 9, wonach das Eigenthum mit der Entstehung der Frucht erworben wird, nur bei den Nutzungsrechten, „welche — wie Bornemann sich ausdrückt — sich auf eine rechtliche Befugniß zur Benutzung gründen,“ gelten sollte, bei dem Rechte des redlichen Besitzers aber, welches sich auf keine Befugniß gründen soll, erst die Perzeption oder Separation ²⁷⁾ das Eigenthum der

27) Es ist nicht klar: ob die Perzeption oder die Separation gemeint wird; denn Bornemann drückt sich so aus: „Aus der obigen Aeußerung und den im Landrecht selbst enthaltenen Anwendungen geht indessen hervor, daß dadurch dem

Früchte erwürbe, — wenn dieses richtig wäre: so könnten die Bestimmungen, welche über den Fruchterwerb des redlichen Besitzers gelten, nicht auf den Fruchterwerb anderer Nutzungsberechtigten angewendet werden. Nun schreibt aber das Landrecht Th. I. Tit. 21 § 143 in Beziehung auf den Nießbrauch vor:

„In Ansehung der Nutzungen, welche zur Zeit des geendigten Nießbrauchs noch vorhanden sind, finden bei der Bestimmung, in wiesern sie dem Nießbraucher verbleiben, oder dem Eigenthümer anheim fallen, eben die Grundsätze, wie zwischen dem Eigenthümer und redlichem Besitzer, Anwendung. (Tit. 7 § 189. 199).“

Das Nämliche soll gelten bei dem Lehnbesitzer, bei dem Nießbrauch des Ehemannes, und bei fideicommissarischen Substitutionen²⁸⁾. Umgekehrt ist in Folge der Abänderung des Entwurfs in der Lehre vom Besitz, § 201 d. T. bestimmt:

„Was zu den Früchten vorhergehender und des letzten Wirthschaftsjahrs gehöre; und wie in Ansehung dieses letzten Jahres die Berechnung und Auseinandersetzung zwischen dem Besitzer und Eigenthümer anzulegen sei, ist nach den in der Lehre vom Nießbrauch vorgeschriebenen Grundsätzen zu bestimmen. (Tit. 21 Abschn. 1).“

Die Resultate der bisherigen Untersuchung sind also diese:

- 1) Das allgemeine Prinzip, nach welchem die Früchte einer Sache, gleich bei ihrem Entstehen, das Eigenthum desjenigen werden, welcher das Nutzungsrecht

redlichen Besitzer das Recht auf alle fructus perceptos hat eingeräumt werden sollen, und daß die Perzeption mit der Absonderung oder dem Verfalltage für eingetreten erachtet wird.“

28) A. L. R. I. 18, § 310. II. 1, § 615. II. 4, § 212.

der Sache hat, findet auch auf den redlichen Besitzer Anwendung.

- 2) Danach sind die gezogenen Nutzungen und genossenen Früchte, die extantes mit begriffen, Eigenthum des Besitzers von Zeit ihrer Entstehung, und die noch nicht percipirten Früchte des letzten Jahres stehen ihm nach Verhältniß der Zeit, während welcher der Besitz in diesem Jahre redlich oder unredlich gewesen, zu. Hiervon gilt
- 3) eine Ausnahme bei beweglichen nutzbaren Sachen, von welchen dem Besitzer nur die Früchte gebühren, die während der Redlichkeit seines Besitzes wirklich separirt worden sind.

Es ist noch über die Anwendung des Grundsatzes der Gemeinschaftlichkeit und Theilung der Früchte des letzten Jahres Einiges zu bemerken:

1. Man hat behauptet, daß das Prinzip der Theilung auf Zinsen von Capitalien und Nutzungen von andern nutzbaren Rechten, insbesondere also auch auf die in einzelnen Terminen wiederkehrenden Gefälle und Prästationen, nicht Anwendung finde; und dieses aus §§ 191 und 192 beweisen wollen ²⁹⁾, wo es heißt:

„Hat er aber Nutzungen, die in Zukunft erst fällig sind, zum voraus erhoben, so muß er dieselben in so weit, als ihr Verfalltag erst nach dem Ende der Redlichkeit seines Besitzes eintritt, dem Eigenthümer herausgeben.“

„Bei Capitalien und andern nutzbaren Rechten werden die etwa noch rückständigen Zinsen und Nutzungen nach dem Zeitpunkte, wo der redliche Besitz

29) Bornemann, a. a. D. S. 555.

aufgehört hat, zwischen dem Eigenthümer und Besitzer getheilt.“

Durch den § 191 hat jedoch im Prinzip gar nichts geändert werden sollen: wie sich schon aus einer genauern Betrachtung dieser §§ selbst ergibt. Der § 191 sagt nämlich: der Besitzer solle die Nutzungen, z. B. Grundzinsen, die erst künftig, d. h. nach dem Ende seiner Redlichkeit, fällig werden, die er aber voraus erhoben hat, dem Eigenthümer herausgeben. Daraus folgt, daß wenn er die Præstation nicht erhoben hat, welche erst nach dem Ende seiner Redlichkeit, aber noch vor Ablauf des Wirthschaftsjahrs fällig wird, und diese Præstation also bei seinem Abzuge rückständig ist, er davon auch keinen Antheil zu fordern hat. Der § 192 bestimmt aber ausdrücklich: die etwa noch rückständigen Zinsen und Nutzungen nach dem Zeitpunkte, wo der redliche Besitz aufgehört hat, werden zwischen dem Eigenthümer und Besitzer getheilt. Außerdem aber ergeben die Materialien, daß man wirklich eine Theilung aller Gefälle des letzten Jahres gewollt hat. Schon bei der Umarbeitung des Entwurfs, als man die Römische Theorie noch nicht aufgegeben, hatte Suarez den Satz vorgeschlagen:

„Hat der Besitzer dergleichen Præstationen (Pächte, Zehnten und Zinsen) schon für das ganze Jahr, in welchem sein redlicher Besitz unterbrochen worden, eingezogen, so muß er solche, nach Verhältniß der Dauer dieses redlichen Besitzes, mit dem Eigenthümer theilen“³⁰⁾.

Dies sollte eine Ausnahme von der Regel sein, welche der § 132 des Entwurfs, in Gemäßheit der darin angenommenen Theorie, dahin aufstellte:

„die zur Verfallzeit erhobenen Zinsen und andern Præstationen bleiben im Eigenthum des redlichen Besitzers.“

30) Zeitschrift a. a. D. S. 303 § 199.

Hierüber war viel monirt worden, und Suarez sagt dazu in der revisio monitorum:

„Die zweifelhaften Fragen sind:

3. ob es nicht rathsam sein möchte, die Gefälle des letzten Jahres zwischen dem Eigenthümer und redlichen Besitzer pro rata temporis zu theilen. Dieß scheint billig, und würde manche Schwierigkeit heben.“

Darauf wurde concludirt:

„Die verfallenen Pächte und Zinsen, wenn sie auch noch nicht erhoben sind, verbleiben dem Besitzer. Dagegen werden dergleichen Zinsen für das letzte Jahr pro rata temporis getheilt“³¹⁾.

Damals hatte man im Uebrigen die Römische Theorie noch nicht aufgegeben, also wollte man schon neben derselben die fructus civiles des letzten Jahres theilen. Nachdem darauf dieser Grundsatz auch im Uebrigen angenommen worden, ist gar nicht daran zu denken, daß nun wieder bei den fructus civiles ausnahmsweise das Gegentheil habe gelten sollen. Es erhellet mithin, daß die Theilung pro rata temporis durchgreifendes Princip ist³²⁾. Der ungenau gefasste § 191 soll bloß den Gegensatz zu den §§ 189. 190 andeuten, daß nämlich der redliche Besitzer die während seines Besitzes voraus erhobenen Nutzungen nicht auch behalten, sondern herausgeben soll, ungeachtet sie percipirt sind. Die Worte: „insoweit, als ihr Verfalltag erst nach dem Ende der Redlichkeit seines Besitzes eintritt,“ weisen auf die Theilung pro rata temporis hin.

2. Hinsichtlich der Ausführung der Theilung selbst finden

31) Ebend. S. 306.

32) Dieser Meinung sind auch die Gesetz-Revisoren. Motive des Entwurfs zum Tit. 7. S. 41.

sich einige durch die Fassung des § 195 veranlaßte Bedenken. Es heißt:

„Bei Landgütern, Häusern und andern nutzbaren Grundstücken behält der redliche Besitzer alle und jede Früchte und Nutzungen vorhergehender Wirthschaftsjahre ohne Unterschied, ob dieselben schon verzehrt, veräußert, oder noch wirklich vorhanden sind.“

Die Frage ist: ob sich diese und die damit in Verbindung stehenden folgenden Bestimmungen auf Häuser überhaupt, oder nur auf solche städtische Grundstücke beziehen, mit denen Landwirthschaft verbunden ist. Das Letztere ist das richtige. Dieß ergibt sich

a. aus dem Ausdruck: „Wirthschaftsjahr,“ wovon in Beziehung auf Gebäude nicht die Rede sein kann;

b. aus dem § 199, welcher bestimmt:

„das Wirthschaftsjahr wird bei solchen Grundstücken vom Ersten Julius an gerechnet,“
woraus erhellet, daß unter „solchen Grundstücken“ nur Besitzungen verstanden sind, worauf Landwirthschaft getrieben wird;

c. aus § 201, wo es heißt:

„Was zu den Früchten vorhergehender und des letzten Wirthschaftsjahrs gehöre“ u. s. w. welchen auf natürliche Früchte hinweist, während ein bloßes Haus nur Miethszinsen einbringen kann;

d. aus § 170, Tit 21, wo dergleichen Grundstücke, mit welchen keine Landwirthschaft verbunden ist, also nur fructus civiles tragen, mit Capitalien und Gerechtigkeiten, die auch nur Zinsen und Renten abwerfen, zusammengestellt sind, woraus sich ergibt, daß Saß und Gegensatz Gegenstände, welche natürliche Früchte

tragen, und Gegenstände, welche nur Nutzen oder fructus civiles gewähren, sind; endlich

- e. aus der Bemerkung Suarez's zur Rechtfertigung des Grundsatzes der Theilung, daß sich bei Landwirthschaften Früchte eines gewissen bestimmten Zeitpunkts gar nicht denken lassen, sondern nur von einem ganzen Wirthschaftsjahre bestimmt werden könne, was das Gut in diesem Jahre getragen habe³³).

Dagegen wird eingeworfen: es sei eine Ungenauigkeit der Fassung, wenn hier von Wirthschaftsjahr, Nutzungen u. s. w. in Beziehung auf Gebäude die Rede sei, indem sich kein Grund absehen lasse, weshalb die vorliegenden Bestimmungen nicht auf Häuser ohne Unterschied bezogen werden sollten. Ja, es würde, wenn man sie nicht darauf beziehen wollte, für diese Gattung der Immobilien ganz an einer Vorschrift fehlen³⁴). — Allein daß hier nicht eine Ungenauigkeit in der Fassung an dem Gebrauche des Ausdruckes: Wirthschaftsjahr schuld ist, ergiebt überzeugend der mehrmals wiederkehrende, in seiner Verbindung mit correspondirenden Ausdrücken durchaus passende Ausdruck. — Ein Grund, warum diese Bestimmungen nicht auf Häuser ohne Unterschied bezogen werden können, läßt sich allerdings darin sehen, daß der Gebrauch und Miethszins der Häuser für jeden beliebigen Zeitabschnitt sich genau bestimmen und abschneiden lassen, während bei Landgütern, wie Suarez sagt, nur von einem ganzen Wirthschaftsjahre bestimmt werden kann, was das Gut in diesem Jahre getragen hat.

33) Jahrb. Bd. XLI. S. 9. — Zeitschr. a. a. D. S. 382.

34) Dieß ist die Ansicht zweier Mitglieder der Deputation für die Revision dieses Titels, nämlich des Geh. Ober-Tribunalsraths Köhler und des Revisors, von u. zur Mühlen. Der Geheime Ober-Tribunalsrath Scheffer war der andern Meinung. Motive zum Entwurf des Tit. 7. S. 42.

Das Bedenken endlich, daß es ja ganz an einer Vorschrift für diese Gattung der Immobilien fehlen würde, ist ohne Grund, indem die nöthige Bestimmung schon durch die Natur der *fructus civiles* gegeben ist. Zinsen und andere Prästationen sind nur in Beziehung auf gewisse Zeitabschnitte zu denken, mit einer nachher zu gedenkenden scheinbaren Ausnahme. Ist nun im § 192 bestimmt: die Zinsen und Nutzungen werden nach dem Zeitpunkte, wo der redliche Besitz aufgehört hat, getheilt, so sind die Factoren der Rechnung gegeben. Wenn also z. B. ein Gebäude vom 1. October an vermietet ist, und der Besitzer am 1. November in bösen Glauben versetzt wird, so erhält er von der Jahresmiete ein Zwölftel, nach Abzug Eines Zwölftels der Lasten. Man möchte hier vielleicht fragen, warum bei dem Nießbrauch die Bestimmung eines besondern Jahresanfangs nöthig geschienen habe, wenn die Sache so einfach sei; denn der § 171 Tit. 21. setzt fest:

„In dieser Rücksicht nimmt das Jahr mit dem ersten Junius³⁵⁾ seinen Anfang.“

Die Nothwendigkeit dieser Bestimmung liegt in der vorhergehenden des § 170, wonach der Nießbrauch nicht mit dem Tage, wo er wirklich aufgehört hat, sondern erst mit dem Ablaufe des laufenden Vierteljahres ein Ende nehmen soll. Folglich mußte ein Jahresanfang bestimmt werden, um

35) Dies ist kein Druckfehler, wie Grävell, in seiner Lehre vom Besitz zu § 199, glaubt, sondern das alte Rechnungsjahr, welches erst durch die Gab.-Ordre vom 19. Mai 1814 (Ges. Samml. von 1814, S. 39) abgeändert ist. Vergl. den gedr. Entwurf Th. I. Abthl. 1. Tit. 1. § 441, wo die Bestimmung so lautet. „Das Wirthschaftsjahr wird vom Ersten Junius bis zum folgenden letzten Mai“ gerechnet. Hiervon ist für die Landgüter in Beziehung auf die Rechte des redlichen Besitzers, auf Veranlassung einer Reclamation von Gutsbesitzern, eine Ausnahme gemacht

daß laufende Vierteljahr kennen zu lernen. Das Recht des redlichen Besitzers hört aber mit dem Augenblicke auf, wo der Besitz unredlich wird.

Eine Ausnahme scheinen solche Prästationen zu machen, welche nicht in bestimmten Zeitabschnitten regelmäßig wiederkehren, z. B. Laudemien. Diese Gefälle sind jedoch zufällige Einnahmen, welche sich nicht auf einen gewissen Zeitabschnitt ausdehnen, vielmehr nach der Regel behandelt werden, daß alle, während des redlichen Besitzes gezogene Nutzungen das Eigenthum des Besitzers sind und bleiben.

Nach dieser Darstellung gelten über die Früchte des letzten Jahres folgende Sätze:

1. Bei unbeweglichen Sachen, welche natürliche Früchte tragen, werden die Nutzungen des letzten Jahres zwischen dem Besitzer und dem Eigenthümer nach Verhältniß der Zeit, während welcher der Besitz in diesem Jahre redlich oder unredlich gewesen ist, getheilt. Das Jahr wird vom Ersten Julius an gerechnet ³⁶).
2. Bei beweglichen Sachen, welche natürliche Früchte tragen, findet keine Theilung der Früchte des letzten Jahres statt, vielmehr gehören dem redlichen Besitzer alle Früchte, die während der Redlichkeit seines Besitzes von der Substanz abgetrennt worden, z. B. das junge Vieh, sobald es von dem Leibe der Mutter getrennt ist ³⁷).
3. Bei solchen unbeweglichen Sachen, welche nur Civil-Früchte erzeugen, und bei Capitalien und Gerech-

36) §§ 195. 197 — 200 h. t.

37) Ebend. §§ 193. 194.

tigkeiten, gehören die *Fructus civiles* bis zu dem Zeitpunkte, wo der redliche Besitz aufgehört hat, dem Besitzer, und von da an dem Eigenthümer³⁸⁾.

V. *Praesumptio* für die Redlichkeit und Rechtlichkeit des Besitzes.

Nach dem Röm. Recht ist solche nicht nöthig, sondern derselbe Zweck wird durch den allgemeinen Grundsatz erreicht, daß Jeder seine Behauptung vor dem Richter erweisen muß. Denn die *mala fides* ist eine Affirmation, die *bona fides* eine Negation.

Derselbe gilt auch nach Preuß. Recht, und ist buchstäblich anerkannt³⁹⁾; aber jene *Praesumptio* ist, nach der Theorie neuerer Romanisten, als eine eigenthümliche Wirkung des Besitzes im Allgem. Landrecht besonders anerkannt⁴⁰⁾. Daher soll der Besitzer, wenn er deshalb in Anspruch genommen wird, den Titel seines Besitzes anzugeben und nachzuweisen nicht schuldig sein⁴¹⁾.

Hiervon gelten folgende Ausnahmen, ohne daß jedoch durch diese Verpflichtung zum Nachweise des Titels an sich die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Titels schon aufgehoben sein soll⁴²⁾:

1. Wenn die Freiheit des Eigenthums mit dem Besitze colidirt, so soll die Vermuthung für die Erstere die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes überwiegen⁴³⁾, mit Ausnahme der Fälle, wo eine Beschrän-

38) Ebend. §§ 191. 192.

39) A. G. D. Einl. § 16 u. I, 13, § 28.

40) Allgem. Landrecht I. 7, § 18 und 179.

41) Ebend. §. 180.

42) Ebend. § 187.

43) § 181 und 182 ib. und I. 8, § 23 und I. 19, § 14.

fung gewisser Klassen von Sachen durch die Gesetze begründet ist ⁴⁴).

Welchen Fall dachte sich bei dieser Ausnahme der Gesetzgeber? Der zunächst liegende ist der der Negatorien-Klage. Wer muß bei dieser nach gemeinem Recht den Beweis führen? Die Sache ist diese:

Das Eigenthum ist die Befugniß, über eine Sache willkürlich zu verfügen, und Andere davon auszuschließen. Unternimmt ein Anderer dagegen etwas, und der Eigenthümer tritt gegen ihn mit der Negatorien-Klage auf, so braucht dieser nichts weiter nachzuweisen, als sein Eigenthum. Daraus folgt von selbst, daß jeder Andere sich aller Beeinträchtigung enthalten müsse. Behauptet der Gegner, hierzu ein Recht zu haben, so heißt dieß nichts anders, als: er gesteht dem Kläger sein Recht zu, behauptet aber seinerseits ein anderes Recht, welches das Recht des Klägers ausschließt. Dieß ist also eine eigentliche Exception, die der Beklagte nach der obigen allgemeinen Regel erweisen muß. So kommen wir auf ganz natürlichem Wege dahin, wozu die im Allgem. Landrecht besonders ausgesprochene Präsumtion führen soll, nach welcher dem Beklagten ebenfalls der Beweis in unserm Falle obliegt ⁴⁵).

2. Wenn Jemand nachweist, daß er durch ein vitium possessionis den Besitz verloren hat ⁴⁶).

44) Allgem. Landrecht I. 7, § 183. Diese Stelle spricht von den Einschränkungen gegen Personen, mit Beziehung auf die Unterthänigkeit. Th. II Tit. 7 Abschn. 3. Diese ist durch das Edict v. 9. October 1807 aufgehoben. Dagegen dauern die hergebrachten Einschränkungen der bäuerlichen Besitzungen, so lange sie nicht besonders befreit worden sind, fort.

45) Ebd. § 182. — Vergl. jedoch Schles. Archiv. Bd. I. S. 62. Note 1.

46) Ebd. § 184.

Das Gesetz drückt sich hier so aus: daß der gegenwärtige Besitzer seinen Titel „anzugeben“ verbunden sei. Dazu bemerkt Grävell, „daß hier also die „bloße Angabe genüge, derselben ohne Beweis geglaubt werden müsse, und dem Gegner nur der Beweis des Gegentheils frei stehe, weil ja für den Besitzer die Vermuthung streite.“ Aber soll denn diese in dem Fall des § 182 h. t. nicht gelten? Gewiß nicht weniger als hier; dennoch soll dieser Vermuthung, die freilich durch die Verpflichtung zur Angabe des Titels allein noch nicht aufgehoben werden soll, ungeachtet die Folge daraus: daß die Nachweisung des Titels nicht geschehen solle, in diesen Fällen namhaft aufgehoben sein. Es ist kein Grund vorhanden, warum das Gesetz den vorliegenden Fall und den im § 182 vorausgesetzten so wesentlich verschieden behandeln sollte, und es läßt sich nicht denken, daß der Gesetzgeber sich dieses Ausdrucks in solchem Sinne habe bedienen wollen, der die ganze Verordnung eitel machen würde. Schon der allgemeine Grundsatz:

daß alle Angaben ohne Beweismittel vom Richter verworfen werden sollen,

ist gegen die Grävell'sche Erklärung, und außerdem zeigt der § 34 Tit. 15, Th. I. verbunden mit § 35 ib. deutlich, daß der Gesetzgeber eine bewiesene Angabe erfordert.

3. wenn der vorige Besitzer auch nur beweisen kann, daß die Sache seinem rechtmäßigen Besitze wider Willen entkommen sei ⁴⁷).
4. Der Besitzer einer Domaine gegen den Fiscus,

47) Allgem. Landrecht I. 15, § 34 und 35.

wenn er keinen 44jährigen ruhigen Besitz nachweisen kann ⁴⁸).

5. Auf Erfordern des Richters ⁴⁹). Diese Bestimmung steht im Zusammenhange mit der Prozeß = Ordnung. In diesem Falle soll jedoch eine bloße Angabe genügen ⁵⁰).

Außerdem giebt es aber Fälle, wo sogar die mala fides präsumirt wird, nämlich:

1. wenn in den vorhin sub No. 3 und 5 erwähnten Fällen die Angabe des Titels oder Vormannes auf gerichtliches Befragen verweigert wird, oder nicht geschehen kann; man müßte denn nachweisen, daß man beides nicht könne ⁵¹).
2. Wer des Besitzes einer Sache, die mit fremdem Namen, Buchstaben, Wappen, Petschaften oder andern zur Bezeichnung des Eigenthums gewöhnlichen Merkmalen versehen ist, sich eigenmächtig anmaßt ⁵²).
3. wenn ein Fund vier Wochen verschwiegen wird ⁵³).
4. wenn der Besitz einer Sache gegen den Richter freventlich abgeleugnet wird ⁵⁴);

48) II. 14, § 37 und 39.

49) I. 7, § 185.

50) Dieß ist eine unjuristische und zwecklose Bestimmung. Sagen kann ein jeder was er will. Man monirte gegen diese Bestimmung. Suarez bemerkte aber dazu: „da bloß von der Angabe, nicht von dem Erweis des Besitztittels die Rede ist, so fällt die vermeintliche Unbilligkeit der Disposition von selbst weg.“ Zeitschr. a. a. D. S. 291. 293. 294.

51) I. 7, § 186. I, 9, § 586. I, 15, § ~~38~~ und 39. ²⁴⁰

52) I. 7, § 19.

53) Allgem. Landrecht I. 9. § 71.

54) I. 15, § 40.

5. wenn eine gestohlene oder verlorne Sache verheimlicht wird ⁵⁵). Endlich

6. wird § 72, Tit. 9, Th. I. verordnet:

„wer auf außergerichtliches, von dem Verlierer oder
 „in seinem Namen, an ihn ergangenes Befragen,
 „den Fund ganz oder zum Theil ableugnet, ist ein
 „unredlicher Besitzer.“

Diesß scheint eine praesumptio de jure zu sein.

VI. Freiheit des Besitzers von Angabe und Nachweise seines Titels. Dieser Punkt ist schon im vorigen enthalten. Davon gilt eine Ausnahme bei Domainen. Der Besitzer einer Domaine muß, des für ihn streitenden Besitzes ungeachtet, den Titel oder Rechtsgrund gegen den Fiskus angeben und nachweisen. Diesß ist eine Folge des Grundsatzes, daß das Eigenthum der Domainen durch Erziehung dem Staate nicht entzogen werden kann, und auch nur bedingungsweise auf andere Art veräußerlich ist. Hat also der Fiskus die Domainen-Eigenschaft eines im Besitze einer Privatperson befindlichen Grundstücks dargethan, so ist dadurch der Grund der Vindicationsklage bewiesen, mithin muß der Besitzer, wenn er durch den Einwand einer rechtmäßigen und gültigen Erwerbung die Klage entkräften will, diese Exception beweisen, also seinen Titel angeben und nachweisen ⁵⁶).

VII. Vorzug des Besitzers bei dem Streit über das Eigenthum, im Fall der Nichtbesitzer keinen überwiegenden Beweis führt.

Dieser Satz ist ebenfalls eine bloße Proceß-Regel und

55) I. 15, § 41.

56) U. E. R. II. 14 § 36. 37. Koch, das Recht der Preuß. Domainen, S. 203 u. folg.

gilt ganz allgemein für jeden Beklagten ⁵⁷⁾; er unterscheidet sich im Wesentlichen von den beiden vorhergehenden nicht. Die Gesetzgebung erwähnt dessen jedoch als etwas Besonderes beim Besitz, indem sie den Nachweis eines besseren Rechts gegen den Besitzer vorschreibt ⁵⁸⁾.

VIII. Das Retentionsrecht ⁵⁹⁾. Dieses ist eine Anwendung der *doli exceptio*, und gehört eigentlich nicht hierher. Das Allgem. Landrecht betrachtet es aber, nach der damals herrschenden Meinung, als eine eigenthümliche Befugniß des Inhabers einer fremden Sache oder einer Capitalssumme, selbige so lange in seiner Gewahrsam zu behalten, bis er wegen seiner Gegenforderung befriedigt worden ⁶⁰⁾. Es reduziert sich auf den Grundsatz, daß Keiner von dem Andern eine Erfüllung fordern könne, bevor er selbst nicht seine Verbindlichkeit erfüllt hat. Daraus folgt, daß die Gegenforderung aus demselben Geschäfte, vermöge dessen der Gegenstand in die Hände des Beklagten gekommen ist, entstanden sein müsse und fällig sei ⁶¹⁾. Das s. g. qualifizierte Retentionsrecht, d. h. dasjenige, welches dem Pfandinhaber an der verpfändeten Sache, wegen anderen Forderungen, nach dem Gemeinen Recht, zugesteht, fällt daher nach dem Allgem. Landrecht fort ⁶²⁾.

57) A. G. D. Cml. § 16 u. Tit. 13. § 27. 28.

58) § 161 d. Tit. — A. G. D. I. 31. § 19, „wenn derselbe — ein besseres Recht zum Besitze darthut.“ L. 128 D. de reg. jur. „In pari causa possessor potior haberi debet.“

59) A. G. R. I. 20 §§ 98. 536 — 567 — I. 11 §§ 222. 223. — I. 13. § 83. — I. 14 § 83 flg. — Ges.-Ord. v. 8. Novbr. 1810 § 68. (Ges.-Samml. S. 109.) — Abhandl. v. Hälschner in den Jahrb. Bd. XX. S. 176 flg.

60) I. 20. § 536. 542.

61) Ebend. § 539. 540. 98. I. 11. § 222. 223. I. 13. § 83. I. 14. § 83 flg. Ges.-Ord. a. a. D.

62) I. 20. § 171. 543.

Die rechtliche Natur des Retentionsrechts als einer Ex-ception ergibt von selbst, in wiefern dasselbe auch gegen einen Dritten ausgeübt werden kann, nämlich in sofern, als diesem die exceptio doli mit Wirkung entgegengesetzt werden kann. Dieß ist z. B. der Fall bei Verwendungen auf die Sache, deren Herausgabe ein Dritter verlangt⁶³). Regelrecht ist es ferner, daß mit diesem Einwande der Klä-ger nur soweit, als die Gegenforderung geht, zurückgewie- sen werden kann⁶⁴); und wenn die Sache untheilbar ist, so soll sie, auf den Antrag des Rückforderers, auf Gefahr und Kosten des Unterliegenden in gerichtliche Verwahrung genommen werden können⁶⁵). Der ganze Einwand kann durch Bestellung einer annehmllichen Sicherheit für die Ge- genforderungen beseitigt werden, es müßten denn diesel- ben klar sein, in welchem Falle die Herausgabe nur gegen wirkliche Befriedigung verlangt werden kann⁶⁶). Es er- klärt sich ferner aus der rechtlichen Beschaffenheit des Re- tentionsrechts, daß davon nicht mehr die Rede sein kann, wenn der Gegenstand bereits ausgeliefert worden ist⁶⁷), falls der Inhaber sich die Gewahrsam nicht wieder verschaf- fen kann. Dieß ist jedoch möglich:

1. wenn er dieselbe durch Gewalt oder List verloren hat;
2. wenn ihm die Sache vom Gericht abgefordert und in gerichtliche Verwahrung genommen wird;
3. wenn sie ihm vom Gericht abgefordert und zwar einem Andern übergeben wird, der Inhaber aber dagegen

[63] I 20. § 547. — Franke Beiträge 2c. S. 58.

[64] Ebend. § 552. 553.

[65] Ebend. § 554.

[66] Ebend. §§ 555 bis 557.

[67] Ebend. §§ 559. 560.

binnen 8 Tagen nach geschehener Ablieferung protestirt⁶⁸⁾).

So weit ist Alles regelrecht. Das Allgem. Landrecht hat aber noch einige Anomalien. Diese sind:

1. daß der unredliche Besitzer das Zurückbehaltungsrecht nicht haben soll⁶⁹⁾, wiewohl ihm die Erstattung der *impensae necessariae* zugesichert ist⁷⁰⁾, worin also das Landrecht von dem Gemeinen Rechte abweicht⁷¹⁾;
2. daß wenn ein Dritter die Herausgabe der Sache verlangt, die Gegenforderung nur soweit, als der Rückforderer noch einen wirklichen Vortheil von der Verwendung haben würde, worauf, nach der Regel, bei nothwendigen Verwendungen nicht gesehen wird, stattfinden soll⁷²⁾;
3. daß die Gegenforderung wenigstens soweit, als nach den Gesetzen zur Anlegung eines Arrestes erforderlich ist, bescheinigt sein soll⁷³⁾, ungeachtet die *doli exceptio* mit dem Arreste nichts gemein hat;
4. daß das Retentionsrecht im Concurse regelwidrig behandelt wird⁷⁴⁾.

IX. Die *actio Publiciana*. Diese ist die Folge eines jeden titulirten redlichen Besitzes, der so lange für Eigen-

68) Ebend. §§ 562 — 565.

69) Ebend. § 538.

70) I. 7. §§ 233 — 236.

71) L. 23. § 4. L. 27. § 5. D. de rei vindicat. (VI. I.) L. 14. D. de doli mali exceptio. (XLIV. 4.)

72) I. 20. §§ 548. 549. Doch scheinen hier auch wohl nur nützliche Verwendungen gemeint zu sein.

73) Ebend. § 541.

74) Hierüber s. m. das Recht der Forderungen, Bd. I S. 627 — 632.

gentium gilt, bis der Gegner sich als Eigenthümer ausweist. Das Allgem. Landrecht wendet hierbei die bekannte Lehre vom jus potius an. Weiter unten wird diese Klage speciell behandelt werden. (§ 30.)

Nach dieser Darstellung der Wirkungen des Besizes erwähnen wir noch kurzlich der f. g. ficta possessio.

§ 6.

Ficta possessio *).

Nach Röm. Rechte wird zuweilen Jemand als Besitzer behandelt, der es in der That nicht ist. Dieses Verhältniß führt den Namen: ficta possessio. Sie findet in zwei Fällen statt, nämlich:

1. bei dem, qui dolo desiit possidere ¹); und
2. bei dem, qui liti se obtulit ²).

Diese Verhältnisse beziehen sich auf die Erbschafts- und auf die vindications- Klage und gründen sich auf den Dolus des Beklagten, nach der Regel: dolus pro possessione est ³). Dieser Dolus besteht entweder darin, daß der Beklagte sich für den Besitzer ausgibt und auf die Klage einläßt, wiewohl er weiß, daß er nicht besitzt; oder darin, daß der Beklagte den Besitz böswillig in der Absicht, dem Kläger die Verfolgung seines Rechts zu vereiteln, aufgegeben hat. In

*) Jo Henr. Chr. Erxleben Diss. de eo, quod. justum est circa fictam possessionem. Goett. 1778.

1) L. 20 § 6. L. 25. § 2. 3. D. de hered. petit. (V. 3) — L. 27. § 3 D. de rei vind. (VI. 1.) — L. 131. 150. 157 § 1. D. de reg. jur. (L. 17.)

2) L. 25. 26. 27. pr. D. de rei vind. (VI. 1.) — L. 45. D. de hered. pet. (V. 3.)

3) L. 131. 157. § 1. D. de reg. jur.

beiden Fällen soll ein solcher so behandelt werden, als ob er wirklich besäße (*fictus possessor*), d. h. er wird zur Herausgabe der Sache verurtheilt, und muß, weil er dieß nicht kann, dem Kläger das durch das *juramentum in litem* zu ermittelnde Interesse entrichten ⁴⁾. Dieser Rechtsatz ist zuerst unter *Hadrian* durch das *Senatusconsultum Juventianum* (881 a. U. c.) bloß für die *hereditatis petitio* eingeführt und nachher durch Interpretation auch auf die *Vindicationsklage* ausgedehnt worden ⁵⁾.

Beide Fälle der *ficta possessio* hat auch das Allgem. Landrecht; jedoch weicht dasselbe von dem Röm. Rechte darin ab, daß der Kläger die Sache gegen den wirklichen Besitzer verfolgen soll und nur sein übriges Interesse von dem *fictus possessor* erstattet verlangen kann. Es ist nämlich bestimmt:

1. In Beziehung auf denjenigen, qui liti se obtulit:

„Wer sich zum Schaden des Klägers für den Besitzer der Sache fälschlich ausgegeben hat, haftet demselben für das ganze Interesse.“

„Der Kläger ist also zwar schuldig, wegen der Sache selbst an den wahren Besitzer, in sofern derselbe gegen diesen noch vindicirt werden kann, sich zu halten.“

„Wenn aber auch dieses geschieht, so bleibt ihm dennoch der sich angegebende falsche Besitzer wegen alles

4) L. 20. § 6. D. de hered. pet. (V. 3.) „Perinde condemnandos, quasi possiderent.“ L. 25. § 8. eod. „— is, qui dolo fecit, quo minus possideret, ut possessor condemnatur.“ — L. 45. D. eod. „Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur, (sc. quasi possideret).“

5) L. 27. § 3. L. 36. pr. D. de rei vindic. (VI. 1.)

aus dieser falschen Angabe erwachsenden Schadens, und entgehenden Gewinnes verantwortlich ⁶⁾."

Der *fiens possessor* haftet also nur subsidiarisch.

2. In Beziehung auf denjenigen, *qui dolo desit possidere*:

„Eben diese Vorschriften finden auch gegen denjenigen Statt, der eine Sache unredlicher Weise an sich gebracht, und sie hiernächst weiter veräußert hat ⁷⁾."

Es soll also darauf ankommen, ob der Beklagte beim Erwerb des Besitzes in *bona* oder *mala fide* gewesen ist. Nur in dem letztern Falle ist er verhaftet. Hierdurch ist eine gemeinrechtliche Controverse entschieden ⁸⁾. Hierbei ist vorausgesetzt, daß die Veräußerung vor der Rechtshängigkeit der Sache Statt gefunden habe. Die Veräußerung kann aber auch während des Prozesses geschehen. So lange die Sache oder deren Besitzer zu erreichen ist, hat eine solche Veräußerung gegen den Kläger gar keine Wirkung, der dritte Besitzer muß, wegen der Litigiosität der Sache, die Vollstreckung des Urteils gegen sich ergehen lassen ⁹⁾. Wie wird es aber gehalten, wenn die Sache nicht zu erlangen ist? Das Römische Recht verurtheilt einen solchen Beklagten zum Ersatz des Interesses, welches, wenn der Beklagte dolofer Weise sich der Sache ent schlagen hat, der Kläger durch seinen Eid schätzt ¹⁰⁾; wenn der Beklagte aber nur aus Ver-

6) I. 15. §§ 12 — 14.

7) Ebend. § 15.

8) Man s. darüber Erxleben I. c. Cap. I membr. III. § 2. — Boehmeri jus Dig. Lib. VI. Tit. 1. § 8 in f; — Voet. Comment. Lib. VI. Tit. 1 § 33. Struv Syntagma jur. civ. Exercit. XI. § 12 et 13.

9) L. 2 et Auth. seq. C. de litigios. N. G. D. I. 7. § 48. lit. b. u. I. 24. § 9. — N. E. R. I. 11. § 383. 384.

10) L. 68. D. de rei vind. (VI. 1.)

sehen den Besitz verloren hat, der Richter festsetzt¹¹⁾). Hieraus erhält das Allgem. Landrecht seine Erklärung, welches folgende auf diesen Fall sich beziehende Bestimmung hat:

„Derjenige, welcher die in Anspruch genommene Sache, nach eingehändigter Vorladung weiter veräußert, wird in sofern einem unredlichen Besitzer gleich geachtet¹²⁾.“

Also in sofern er die Sache veräußert hat, wodurch auf eine vorsätzliche Entäußerung, d. i. auf den Dolus, hingewiesen wird, so daß hier das Allgem. Landrecht mit dem Röm. Recht im Resultate übereinstimmt.

Bisher sind die verschiedenen Begriffe und die Wirkungen des Besitzes dargestellt; es ist für diesen Abschnitt noch übrig, vom Object und Subject des Besitzes zu handeln.

§ 7.

Gegenstand des Besitzes und Rechtsbesitz.

I. Daraus, daß der Besitz nach seinem ursprünglichen Begriff die factische Ausübung des Eigenthums ist, könnte man folgern, daß solche Sachen, an welchen kein Eigenthum möglich ist, auch nicht Gegenstand des Besitzes sein können. Diese Ansicht hatten die Römer auch wirklich, denn sie nahmen an, daß Alles, was nicht in commercio ist, nicht besessen werden könne, vorausgesetzt, daß man dieses wisse¹⁾). Darum konnte kein freier Mensch²⁾), keine res publica und communis³⁾), und keine res sacra oder religiosa⁴⁾ besessen

11) L. 4. § 4. L. 5. § 3. D. de in lit. jur. (XII. 3.)

12) I. 15. § 16.

1) L. I. § 6 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2) — § 4 I. per quas personas.

2) L. 23 § 2 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

3) L. 3 § 17 L. 30 § 3 eod.

4) L. 30 § 1 eod.

werden, d. h. es wurden alle Wirkungen des Besizes verneint, wenn auch die Erfordernisse des materiellen Begriffs desselben vorhanden waren.

Das Allg. Landrecht hat darüber keine Bestimmung; nach seinen Grundsätzen aber weicht es von dem Römischen Rechte herein ab; denn wenn auch die Beziehung auf Usucapion wegfällt, so ist doch jedem Inhaber das Schutzmittel gegen Beunruhigung zugesichert, so daß also der Inhaber einer *res publica* oder *religiosa* die Besizklagen hat.

II. Bis hierher ist vorausgesetzt, daß so, wie das Eigenthum nur an körperlichen Sachen, im eigentlichen Sinne, gedacht werden kann, der Besiz, als Ausübung des Eigenthums, auch nur an solchen Gegenständen Statt finde (*corporis possessio*). Es findet sich aber auch eine Beziehung des Besizes auf unkörperliche Sachen, und zwar im Röm. Rechte auf alle solche Rechte, bei welchen eine rechtswidrige Störung der Ausübung, oder die Usucapion gedacht werden kann. Dieß ist der Fall bei den Grundgerechtigkeiten (*jura in re*). So wie man aber bei dem wirklichen Besize, als der Ausübung des Eigenthums, doch nicht das Eigenthum, sondern nur die Sache besizt, so kann man bei der Ausübung der in Rede stehenden Rechte auch nicht das Recht selbst besizen⁵⁾; mithin bei dem Mangel eines Gegenstandes keinen Besiz haben. Dieß ist auch wirklich die Ansicht der Römischen Juristen, welche das Verhältniß nur als ein dem Besize ähnliches behandeln, und

5) Wie diese Wahrheit sich auch bei den Redactoren des Landrechts geltend gemacht hat, zeigt sich an einer Bemerkung von Suarez, welcher sagt:

„Es kann nicht gesagt werden, daß der Inhaber des Rechts dasselbe in seiner Gewahrsam habe. Gewahrsam ist daher auf körperliche Sachen eingeschränkt.“ *Zeitschrift a. a. O.* S. 202. 205. 206. 208 zu §§ 1—4. no. 1.

als solches mit dem Ausdruck einer quasi possessio bezeichnen. Neuere Juristen aber, und nach ihnen die gemeine Praxis, haben die juris quasi possessio für die Ausübung eines Rechts überhaupt erklärt, und sind durch diese Abstraction in das Bodenlose gekommen, den Schutz des Besitzes der persönlichen oder obligatorischen Rechte zu suchen ⁶⁾. Dieß ist auch die Theorie des Allg. Landrechts. Die Redactoren haben aber den Begriff der quasi possessio aufgegeben und einen wirklichen Besitz an Rechten angenommen. Denn es ist bestimmt:

§ 4. „Wer ein Recht ausübt, ist Inhaber des Rechts.“

§ 5. „Wer aber ein Recht für sich selbst ausübt, wird Besitzer des Rechts genannt.“

Diese Bestimmungen correspondiren den Ansichten der Redactoren vom Eigenthume. Das Allg. Landrecht hält nämlich das Eigenthum nicht für ein Recht bloß an Sachen, sondern für ein allgemeines Recht, dessen Gegenstand Sachen und alle denkbaren Rechte sind. Denn Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechts unbeschränkt und ausschließlich zu verfügen ⁷⁾. Hierdurch ist das Eigenthum zum Universal-Recht geworden, dessen Object alle möglich denkbaren andern Rechte, die persönlichen nicht ausgenommen, sind; und das eigentliche Eigenthum kann nicht mehr unterschieden werden.

Wenn nun der Besitz mit dem Eigenthum parallel läuft, so ergibt sich, daß im Allg. Landrecht von einem Rechtsbesitz, als einer eigenen Art des Besitzes, gar nicht

6) H o m m e l z. B. untersucht und kann es nicht erklären, warum der Arzt, den man zu brauchen aufhöre, nicht in possessorio klagen könne. Rhapsod. 489.

7) Allgem. Land-Recht I. 8, § 1.

Rede sein kann. Die Definition des Besitzes im Allg. Landrecht ⁸⁾ entspricht auch der des Eigenthums vollkommen. Denn Besitzer heißt der, welcher über eine Sache oder ein Recht für sich selbst ausschließlich verfügt. Es giebt also nur einen und denselben Besitz im Allg. Landrecht, welcher so bei Rechten derselbe wirkliche ist, wie bei Sachen ⁹⁾. Man hat gefragt: welche Rechte denn eigentlich sowohl beim Eigenthum wie beim Besitz als Gegenstände beider Rechtsverhältnisse zu verstehen sind?

Folgerecht müßten nach der Natur des Besitzes dieselben Rechte, welche als Gegenstand des Eigenthums betrachtet werden sollen, auch Object des Besitzes sein; umgekehrt steht fest, daß alles, was nicht Gegenstand des Eigenthums ist, auch nicht Gegenstand des juristischen Besitzes sein kann. Es würde also nur darauf ankommen, auszumitteln:

in welchem Umfange das Wort: Recht, in der Definition des Eigenthums zu nehmen?

Der Ausdruck läßt zu, daß der Gesetzgeber sich die Sache in ihrer größten Allgemeinheit gedacht habe. In der practischen Ausführung hat man sich indeß an den eigentlichen Begriff des Eigenthums gehalten, und man scheint den allgemeinen Begriff in der Lehre vom Eigenthum wieder übersehen zu haben, da selbst die allgemeine Anwendung in § 3, Tit. 15, Th. I. ¹⁰⁾ noch von der Confessoria verstanden werden kann, da bei einem obligatorischen Rechte kein Anmaßer vorkommt, der das Recht entziehen, d. h. den Schuldner liberiren könnte; und wenn er es könnte, das Recht nicht mehr vorhanden sein würde. Dagegen aber finden sich in andern Materien, namentlich in der Lehre von der Ver-

8) I. 7 § 6 und 7.

9) Allgem. Landrecht I. 15, § 4.

10) „Auch der Eigenthümer eines Rechts kann dieses sein Eigenthum gegen jeden Anmaßer desselben verfolgen.“

jährung und den dahin gehörigen §§ 837—839, Tit. 11, Th. 1. Anwendungen, die daran erinnern, daß man sich den Begriff des Eigenthums wirklich in solcher Allgemeinheit gedacht habe; ganz besonders aber zeigt dieß der § 376, l. c. in der Lehre von der Cession der Rechte. Man müßte sonach annehmen, daß Alles, was sich unter den Begriff von Recht und Befugniß irgend fassen läßt, auch Gegenstand des Eigenthums und somit auch des Besizes sein solle. Daß dieß auf Inconsequenzen führen würde, leuchtet ein. Ein Schuldner könnte z. B. auf dem natürlichsten Wege das Eigenthum des Rechts, an seinen Gläubiger nichts mehr bezahlen zu müssen, erwerben. Denn nach Grävell in der Note zu § 82 soll es auch Versagungsrechte geben, welche darin bestehen, eine Leistung, die ein Anderer fordern konnte, zu unterlassen; und der Besiz eines solchen Rechts soll lediglich durch die Unterlassung oder den Widerspruch erworben werden. Wenn nun also ein Schuldner seinem Gläubiger auf Mahnung zu zahlen unterließe, so hätte er den Besiz dieses Versagungsrechts erworben. Wenn es mithin einen Besiz solches Versagungsrechts gäbe, so würde es auch ein Eigenthum davon geben.

Unter Anderm würde aus diesen Sätzen folgen, daß der Gläubiger in den mehrsten Fällen beweisen müßte: er habe keine Befriedigung erhalten. Denn wenn der Schuldner so zum Besiz des Versagungsrechts gekommen wäre, so ständen ihm auch die Besizrechte zu, folglich hätte er auch die Präsuntion der Redlichkeit seines Besizes für sich, und brauchte seinen Titel nicht anzugeben, noch weniger, nach der Grävell'schen Meinung, nachzuweisen. Den Gläubiger bliebe also nichts anderes übrig, als den Beweis seiner Nichtbefriedigung zu führen. Hieran zeigt sich, daß es irrig sein würde, den Satz anzunehmen, daß Alles, was unter den Begriff von Recht und Befugniß zu bringen, auch Gegenstand des Eigenthums und des Besizes sei.

Aber eine bestimmte Grenze zu ziehen, ist bei der ins Un-
gewisse führenden Theorie des Allg. Landrechts unmöglich.
Nur annähernd läßt sie sich andeuten, dadurch daß man
die Bedingungen der possessorischen Klagen festhält. Der
Besitz und, nach dem Landrechte, auch die Gewahrsam, hat,
abgesehen von der Usucapion, für sich allein nur in Bezie-
hung auf den Schutz gegen gewisse unrechtliche Verletzungen,
nämlich gegen gewaltsame, heimliche und listige Störungen,
Bedeutung. Wo also Verletzungen in dieser bestimmten
Form nicht gedacht werden können, da sind auch die pos-
sessorischen Rechtsmittel unanwendbar, mithin auch keine
Besitzrechte vorhanden. So ist z. B. die Verweigerung der
Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit, etwa der Zu-
rückzahlung eines Darlehns, unter den Begriff einer gewalt-
samen, heimlichen oder bittweisen Verletzung gar nicht
zu bringen, folglich auch die Erfüllung durch ein possessorisches
Rechtsmittel nicht zu erzwingen. Darin machen auch solche ob-
ligatorische Verbindlichkeiten, welche in einer regelmässig wie-
derkehrenden Leistung bestehen, z. B. die Zinsobligation oder
die Verbindlichkeiten zur Alimentation, keinen Unterschied.
Gingegen lassen sich Leistungen aus einem Grundstück,
wie Reallasten und Zehnten, diesem Begriff unterordnen,
indem sie sich auf die Befugniß des Berechtigten zurückfüh-
ren lassen, aus dem pflichtigen Grundstücke den Gegenstand
zu entnehmen. An den Zehnten zeigt sich dieß am deutlich-
sten. Der Berechtigte befindet sich hier in einem besitzähn-
lichen Verhältniß. Daß die meisten Reallasten in Geldab-
gaben bestehen, darf nicht irre machen; denn es sind hier
immer noch die Früchte des Grundstücks, welche der Be-
rechtigte zu seiner Befriedigung nehmen kann, nicht die Per-
son des Grundbesizers, der als solche dem Berechtigten ver-
haftet wäre. Wollte also der Grundbesitzer oder ein Dritter
dem Berechtigten den Gegenstand des Rechts verweigern,
so würde er ihn eigentlich an der Ausübung seines Rechts
hindern oder stören. Darum ist es folgerecht, den Begriff

des Besitzes auf diese Realrechte germanischen Ursprungs analog anzuwenden. Bei den selbstständigen dinglichen Rechten deutschen oder canonischen Rechts, wie z. B. der Jagdgerechtigkeit, der Jurisdiction, den Monopoliën oder Bannrechten, dem Patronat und den Diacösanrechten ist dieß ganz der Natur der Sache gemäß. Bei den Frohnden läßt sich die Anwendung noch aus dem ursprünglichen Verhältniß erklären, wo die Person in Folge der Leibeigenschaft Gegenstand des Besitzes war. Bei allen diesen Rechten liegt ursprünglich ein Besitz zum Grunde, oder es läßt sich doch eine gewaltsame, heimliche oder bittweise Störung in der Ausübung denken.

Dagegen ist bei allen solchen obligatorischen Rechten, mit welchen keine Gewahrsam einer Sache verbunden ist, nichts Aehnliches. Um aber zu beweisen, daß dergleichen Rechte gleichwohl unter Umständen Gegenstand des Besitzes sein könnten, hat man den Fall angeführt, wo dieselben mit wirklichen Reallasten vermischt oder verbunden sind; z. B. wenn dort, wo die bäuerlichen Grundbesitzer an ihren Gütern ein erbliches Nuzungsrecht haben, und wo deswegen die Abgaben nicht erhöht werden können, einige Jahresprästationen, womit der Pflichtige etwa in Rückstand geblieben, zu Kapital geschlagen sind, und neben der jährlichen unveränderlichen Abgabe verzinsset werden. Hier habe der Pflichtige, sagt man, eine bestimmte Abgabe als Grundzins, und eine andere Summe als Zinsen eines Kapitals zu entrichten. Es wäre aber doch wohl ausgemacht unangemessen, an dem einen Theil der Abgabe einen Besitz zuzulassen, an dem andern nicht; ja es ließe sich, wenn die Kapitalisirung weit in die Vorzeit falle, oft nicht einmal in petitorio, geschweige denn in possessorio ermitteln, welcher Theil der Abgabe die eine oder die andere Natur habe ¹¹⁾. — Wir fin-

11) Gesetz-Revision Pens. XIII. Motive zum Entwurf des Tit. 7 S. 26.

den, daß dieser Fall gerade dazu geeignet ist, das Verhältniß zu erklären und die Grenze zu bestimmen. Denn in der Kapitalisirung und Verzinsung liegt eine Umwandlung in Grundrente; und die Grundrente wird eben, nach deutschen Rechtsansichten, wie ein selbstständiges dingliches Recht behandelt. Wenn man also hier die possessorischen Rechtsmittel zugesteht, so liegt darin noch keine Schwierigkeit.

Dieses Beispiel führt auf die Zinsen von Hypotheken-Kapitalien. Man könnte fragen: worin denn der practische Unterschied liege zwischen einem verzinslichen Hypotheken-Kapital und jener Kapitalisirung von Abgaben-Rückständen; und darauf würde man um die Antwort verlegen werden. Aber wir behaupten einen solchen Unterschied auch gar nicht; vielmehr haben wir zu allererst die Meinung aufgestellt und zu begründen gesucht, daß, nach den sich in dem Allg. Landrecht wieder findenden deutschen Rechtsansichten, die Hypothek ihrer Natur nach eine subjectiv-dingliche Verbindlichkeit (nicht zu verwechseln mit einem subjectiv-dinglichen Recht) sei, d. h. daß bei den Hypotheken eben so wie bei den Reallasten die Sache als Schuldner, und der Besizer nur als Stellvertreter anzusehen¹²⁾; und wir finden in der hier in Rede stehenden Beziehung des Besitzes auf derartige Rechte einen Beweis mehr für die Richtigkeit dieser Meinung. Es ist daher ganz regelrecht, daß die in Rückstand bleibenden Hypotheken-Zinsen durch dasselbe possessorienartige Mandatsverfahren, eingezogen werden, welches für die Grundrenten gilt, und in welchem über den Grund des Rechts nicht gestritten werden kann. Bei bloßen persönlichen Verbindlichkeiten fin-

12) Von dem Uebergang der Forderungsrechte, S. 192 u. 96. (An der letzten Stelle findet sich ein Redactionsfehler. Es muß §. 12 v. o. heißen: die subjectiv-dingliche Verbindlichkeit, statt: das subjectiv-dingliche Recht.) — Schles. Arch. Bd. I. S. 564.

det sich gar nichts, woran der Begriff des Besitzes geknüpft oder woran eine gewaltsame, heimliche oder bittweise Störung der Ausübung gedacht werden könnte¹³). Zum Beweise, daß in persönlichen Rechten ein Besitzverhältniß doch vorkommen könne, hat man sich auf das Beispiel berufen, wenn darüber gestritten werde: ob der Besitzer eines Bauerguts bloß Zeitpächter sei, oder ein erbliches Nutzungsrecht habe. Im ersten Fall würde, sagt man, dem Gutsherrn als Verpächter, wenn man den Unterschied zwischen Reallasten und persönlichen Verpflichtungen machen wollte, nur ein persönliches Recht auf Dienste und Abgaben, und mithin kein Besitz an diesen Prästationen zustehen, im zweiten Fall würde ihm der Besitz und mithin auch das Recht auf die Schutzmittel des Besitzes zugestanden werden müssen. Es sei aber sehr oft ein Gegenstand langjähriger Streitens: ob dem Besitzer ein erbliches Nutzungsrecht zustehe, und so führe auch dieser Fall wiederum auf die Noth-

-
- 13) Bornemann System Bd. I. S. 564 beweiset seine Behauptung, daß an bloßen obligatorischen Rechten Besitz Statt finde, so: „— nur der Beschränktheit des Römischen Prinzips ist es zuzuschreiben, wenn die Römer über ihre *juris quasi possessio* nicht hinauskamen. Wer, auf den Grund eines ihm vermeintlich zustehenden Rechts und mit der Absicht künftiger Wiederholungen, ohne Widerspruch über eines Andern Acker geht oder fährt, der thut oder bewirkt *re vera* nicht mehr, als der, welcher unter denselben Bedingungen die jährliche Zahlung von 100 Rthl. aus einem irgendwo deponirten bestimmten Capital, und dieser wiederum nicht mehr als der, welcher die Zahlung auch nur aus dem Vermögen des Verpflichteten überhaupt fordert und erhält. Das Recht und Object ist in allen diesen Fällen gleich bestimmt, und die Handlung, mittelst welcher die Besitzergreifung erfolgt, ihrem Wesen nach immer eine und dieselbe. In allen vorgedachten Fällen ist auf gleiche Weise eine *quasi traditio* vorhanden.“ — Dieß Alles geht so weit über die Grenzen der Rechtswissenschaft hinaus, daß sich darüber nicht streiten läßt.

wendigkeit, einen Besitz unabhängig von jenem Umstande anzuerkennen¹⁴⁾. — Allein auch dieser Fall zeigt die Nothwendigkeit nicht, an persönlichen Verpflichtungen, d. h. bloß obligatorischen Verbindlichkeiten, einen Besitz anzunehmen. Man kann zugestehen und sogar behaupten, daß der Gutsherr gegen einen bäuerlichen s. g. Zeitpächter die possessori- schen Rechtsmittel zum Schutze seines Besitzes allerdings habe, ohne darum einen Besitz an obligatorischen Verbindlichkeiten nachgeben zu müssen. Denn ein bäuerlicher s. g. Zeitpächter ist kein bloßer Pächter, sondern ein Dienstbote des Gutsherrn, der statt des Lohnes den Genuß des Bauer- guts, jedoch unter Vorbehalt gewisser Abgaben aus den Früchten, eingeräumt erhalten hat. Nun sind die Gegen- stände des Gutsherrn von zweierlei Art: Dienste der Person, und Prästationen aus dem Grundstück. In Beziehung auf die Dienste besitzt der Gutsherr die Person, über welche er eine herrliche Gewalt ausübt. Entzieht sich der Dienstbote dieser Botmäßigkeit, so geschieht dieß entweder gewaltsam (durch Widerstand), oder heimlich, oder durch List. Für diese Rechtsverletzungen sind die possessori- schen Rechtsmittel gerade vorhanden. — Wegen der vorbehaltenen Prästationen aus dem Grundstücke hat der Gutsherr wirkliche Realrechte.

Das Resultat dieser Erörterung ist, daß bloße obliga- torische Verbindlichkeiten Gegenstand des Besitzes nicht sein können; daß sich jedoch nach der abstracten Theorie des Allg. Landrechts keine feste Grenzen für den Besitz an Rech- ten angeben läßt, sondern daß man sich mit dem allgemei- nen Satze zufrieden stellen muß:

Gegenstand des Besitzes können nur solche Rechte sein, bei welchen sich eine gewalt- same, heimliche oder bittweise Störung der Ausübung denken läßt.

14) Motive zum Entwurf des Tit. 7. a. a. D. S. 26.

Die Anwendung desselben ist dem richterlichen Ermessen überlassen.

§ 8.

Subject. Compossessio.

I. Wer kein Eigenthum haben kann, ist auch des Besitzes unfähig. Darum konnten, nach Römischem Rechte, Kinder unter väterlicher Gewalt¹⁾, Slaven²⁾ und Kriegsgefangene³⁾ nicht Besitzer sein.

Die Kinder unter väterlicher Gewalt gehören schon nach dem neuern Röm. Rechte nicht mehr zu den vermögensunfähigen Personen; das Slaven-Verhältniß ist uns völlig fremd, und darum sind auch Kriegsgefangene nicht rechtsunfähig. Dagegen sind Mönche und Nonnen, nach abgelegtem Gelübde, unfähig, Eigenthum und Besitz zu haben⁴⁾; sie definiren immer für ihr Kloster.

II. Der Besitz ist seiner Natur nach ausschließend, darum können Mehrere dieselbe Sache nicht zu gleicher Zeit ganz besitzen (*plures eandem rem in solidum possidere non possunt*)⁵⁾. Diese Regel wird von allen Römischen Juristen anerkannt, nur wollten einige (Trebatius, Sabinus und Julian) in Beziehung auf die *vitia possessionis* Ausnahmen gestatten, die jedoch von den Compilatoren

1) L. 49. § 1. L. 30. § 3. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.) — L. 93. de reg. jur. (L. 17.) Im spätern Röm. Rechte hat sich dieß durch die neuern Peculien geändert.

2) L. 49. § 1. L. 30. § 3. L. 24 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

3) L. 19 D. ex quib. causis major. (IV. 6.)

4) H. E. R. II. 11. § 1200: „Sie sind unfähig, Eigenthum oder andere Rechte zu erwerben, zu besitzen oder darüber zu verfügen.“

5) L. 3. § 5 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

der Römischen Rechtsbücher verworfen worden sind⁶⁾. Die dabei angeführten verschiedenen Meinungen jener Juristen haben eine große Verwirrung in den Schriften der neueren Rechtsgelehrten veranlaßt.

Wenn Mehrere eine untheilbare Sache gemeinschaftlich besitzen (Compossessio), so besitzt jeder seinen ideellen Theil daran für sich allein; es sind daher so viel einzelne Possessionen als Mitbesitzer vorhanden; jeder kann für sich die Besitzrechte ausüben, die Interdicte gebrauchen und usucapiren. Dieß sind die Grundsätze des Römischen Rechts, die auch die gemeinrechtliche Praxis angewendet hat; denn die Verschiedenheit der Meinungen bezieht sich auf den Fall, wo Mehrere das Ganze besitzen wollen (possessio plurimum in solidum). In dieser Beziehung glauben nun Manche, daß zu verschiedenen Wirkungen ein Besitz Mehrerer denkbar sei, so daß z. B. der Eine dieses, der Andere jenes Besitzrecht ausüben könne. Andere haben dem Einen naturalis possessio, dem Andern civilis possessio zugeschrieben⁷⁾.

Das Allgemeine Landrecht erkennt die Eigenschaft der Ausschließlichkeit des Besitzes ausdrücklich an⁸⁾, nichts desto weniger hat es eine Possessio plurimum in solidum, und zwar nach dem Zuschnitt Derjenigen, welche die possessio naturalis und possessio civilis gleichzeitig neben einander in verschiedenen Händen zugelassen haben; denn der unvollständige Besitz ist diese sogenannte naturalis possessio⁹⁾,

6) Man sehe die Darstellung von Savigny's hierüber im Besitz, § 11.

7) Siehe hierüber und über das Widersinnige dieser Meinungen nach den Grundsätzen des Röm. Rechts, v. Savigny am angeführten Orte, 6e Aufl. S. 181.

8) § 1. h. t.: „Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen. —“

9) Siehe oben § 3. S. 36.

welche z. B. der Pächter hat, während der Verpächter gleichzeitig auch im vollständigen Besiz ist. Es kommt aber der Besiz Mehrerer noch in einer andern Bedeutung vor, indem man von der Voraussetzung ausgeht, daß die nämliche Sache gleichzeitig Mehreren übergeben werden könne; und man wirft die Frage auf: was Rechtens, wenn Mehrere den Besiz erworben haben¹⁰⁾? Diese Frage läßt sich natürlich nur von demjenigen thun, der eine symbolische Uebergabe annimmt, aber derselben die Wirkungen der Uebergabe doch nicht zugestehet¹¹⁾. Aus dieser Ansicht fließen folgende Bestimmungen des Landrechts h. t.:

§ 74. „Der, welchem eine Sache körperlich übergeben worden, hat, in Ansehung der aus dem Besize entspringenden Rechte, den Vorzug vor dem, welchem die Uebergabe bloß durch Anweisung oder durch Zeichen geschehen ist.“

§ 75. „Streiten Mehrere, welche die Uebergabe bloß durch Zeichen oder Anweisung erhalten haben, über die Rechte des Besizes, so kann sich Keiner dieser Rechte gegen den Andern anmaßen.“

§ 76. „Vielmehr muß die Sache so lange in gerichtlichen Beschlag genommen werden, bis das Recht zum Besize entschieden ist. (Tit. 10. § 18 — 25.)“

Wer einmal die Uebergabe symbolisch für möglich hält, der widerspricht sich, wenn er den Besiz nicht für erworben ansieht; und wenn er den Besiz für erworben ansieht, so

10) Marginale zu § 74 h. t.

11) Suarez in der revisio monitorum: „Da die §§ 46 — 50 noch *species traditionis symbolicae* enthalten, so sind solche mit dem § 42 zu connectiren, und die §§ 43, 44, 45, welche die Collisionenfälle, wenn der Besiz einer und eben derselben Sache Mehreren übergeben worden, entscheiden, müssen hinterdrein gesetzt werden.“ Zeitschrift a. a. D. S. 247.

ist es ein noch größerer Widerspruch, dem Besitzer nicht unbedingt die Besitzrechte zuzugestehen. Diese Widersprüche wurden auch gefühlt. Der Klein'sche und der Kirch-eisen'sche Entwurf drückten sich so aus:

„In Fällen, wo der Inhaber über das Eigenthum oder den Besitz der Sache im Namen des alten Besitzers zu verfügen befugt war, ist die von ihm geleistete körperliche Uebergabe der durch Anweisung geschehenen vorzuziehen.“

„Wenn unter Mehreren, welchen dieselbe Sache übergeben worden, Streit entsteht, so ist, wenn die übrigen Umstände gleich sind, diejenige Uebergabe für die gültigste zu achten, durch welche zugleich der körperliche Besitz übergegangen.“

„Unter Mehreren, denen gleiche Rechte eingeräumt worden, hat derjenige, welcher der Zeit nach der Erste ist, den Vorzug¹²⁾.“

In dem von Suarez umgearbeiteten Entwürfe lauten die Bestimmungen so:

§ 67. „Das Besitzrecht desjenigen, welchem die Sache körperlich übergeben worden, hat den Vorzug vor dem, welches durch bloße Anweisung oder symbolische Uebergabe erlangt wird.“

§ 68. „Derjenige, welcher der Zeit nach der Erste ist, hat vor denjenigen, welche übrigens mit ihm gleiche Rechte haben, den Vorzug.“

Levenar machte darüber folgende Bemerkung:

„Sollte die Meinung dahin gehen, hier von dem Vorzugsrechte des Besitzes zu handeln, so werden die Grundsätze etwas umständlicher, als hier geschehen, vorgetragen werden müssen, z. B. bei der Bestimmung

12) Zeitschrift a. a. O. S. 27, 28, § 132—134; und S. 79, 80, § 620—622.

des Vorzugrechts aus dem Besitze ist zu untersuchen, wer am längsten und ruhigsten im Besitze gewesen ic.

Bei genauerer Ermägung des Inhalts dieser Paragraphen bemerke ich, daß hier eigentlich nicht von dem Vorzuge des Besitzes, sondern von dem Vorzuge des Besitzrechtes die Rede sei; allein letztere Materie gehört nicht in diesen Titel, sondern in den besondern Titel von einer jeden Art der Sachenrechte. Ich sehe auch nicht ab, warum der Besitz aus einer körperlichen Uebergabe vor dem Besitze aus der symbolischen Uebergabe, und der Besitzer, dem die Sache zuerst übergeben, in allen Fällen einen Vorzug vor demjenigen, dem solche nachher übergeben worden, behalten könne, da die Uebergabe lediglich nach dem Titel, der dabei zum Grunde liegt, nach der Beschaffenheit des Gegenstandes, und was in diesem Betracht für Förmlichkeiten nöthig sind, auch nach dem Vorzugsrechte, so der Titel wirkt, beurtheilt werden muß, auch der Vorzug des Besitzes eines Sachenrechtes hauptsächlich von der Eintragung in die Hypothekenbücher abhängt, weshalb in dem Titel vom Besitze eigentlich nur von dem Vorzuge des Besitzes, nicht aber der Besitzrechte, gehandelt werden kann.“

v. Tevenar urtheilte ganz richtig; daß von dem Vorzug der Besitzrechte zweier Besitzer, von welchen jeder den Besitz erworben haben sollte, eigentlich gar nicht die Rede sein könne, weil nur Einer den Besitz wirklich haben kann, und daß sich nur ein Vorzug zum Besitze denken lasse, die Rechte zum Besitze aber gar nicht hierher gehörten. Suarez aber meinte in seiner Gegenbemerkung, daß v. Tevenar das jus ad possidendum mit dem jure possessionis verwechselt habe; und hielt den § 67 für unbezweifelt richtig. Nach seiner Ansicht hatte er auch Recht, denn er ging davon aus, daß Mehrere gleichzeitig den Besitz haben könnten, aber

Einer ihn doch nur ausüben könne; und wollte nun durch den § 67 regeln, welchem von diesen Besitzern die Uebrigen weichen sollten. Seine Ansicht führt also doch dahin, anzunehmen, entweder, daß diese Uebrigen gar keinen Besitz haben, und alsdann ist die ganze Bestimmung unangemessen; oder daß nach dem Rechte zum Besitz gefragt werden muß: und alsdann gehört die Bestimmung nicht hierher. Zu dem erstern Resultat führte ihn sein praktischer Verstand auch wirklich. Er fährt nämlich in seiner Gegenbemerkung fort:

„Ich bemerke nur eine einzige vom Herrn v. Tevenar angeführte Ausnahme, nämlich bei Grundstücken, die im Hypothekenbuche stehen. Wenn ein Gut dem Einen naturaliter übergeben, und für den Andern der *titulus possessionis* im Hypothekenbuche eingetragen wird, welcher von ihnen hat, wenn sie in Collision kommen, die *jura possessionis*? z. B. daß er *titulum* nicht ediren darf, daß er sich *privata auctoritate* in seinem Besitze conserviren kann u. s. w. Aber auch hier glaube ich, daß der Naturalbesitzer den Vorzug habe, denn derjenige, für den der *titulus possessionis* eingetragen worden, hat eigentlich doch nur eine bloße acceptirte Willenserklärung des vorigen Besitzers für sich. Durch diese aber hat er noch keinen wirklichen Besitz erlangt, weil ihn dieselbe noch nicht in den Stand gesetzt hat, über die Sache, die sich *ex supposito* in dem Natural-Besitze eines *tertii* befindet, zu verfügen.“

Natürlich kann in diesem Falle von einer Collision und von einem Vorzuge gar nicht Rede sein; denn den Besitz hat nur Einer von Beiden. — In Ansehung des § 68 trat Suarez dem Monitum v. Tevenar's bei. „Der §, sagt er, setzt den Fall voraus, daß der Besitz Mehreren zu verschiedener Zeit symbolisch eingeräumt worden, daß

aber noch keiner von ihnen den körperlichen Besitz apprehendirt hat. Ist hier die Frage:

welcher von ihnen hat das vorzüglichste Recht, den körperlichen Besitz zu ergreifen?

so kommt es auf die Beschaffenheit des Titels an, und nur bei gleichem Titel gilt der Satz: *prior tempore potior jure*. Ist aber die Frage:

welcher von ihnen hat die *jura possessionis*?

so antworte ich: *contra tertium* hat sie ein jeder von ihnen. Kommen sie aber unter sich in Collision, so kann keiner gegen den Andern *jura possessionis* ausüben, sondern es muß abgewartet werden, welcher von ihnen den körperlichen Besitz zuerst ergreifen wird. Damit aber daraus nicht Unordnung entstehe, so wird die Sache von dem Richter *ad sequestrum* genommen. Nach dieser Theorie würde also der § 68 so lauten:

„Streiten Mehrere, denen der Besitz bloß symbolisch oder durch Anweisung übergeben worden, über die Rechte des Besitzes, so kann keiner sich derselben gegen den Andern anmaßen; vielmehr muß die Sache so lange in gerichtlichen Beschlag genommen werden, bis das Recht zum Besitze entschieden ist“¹³⁾.

Hieraus ist zu sehen, daß durch die bloß symbolische Uebergabe eigentlich gar kein Besitz wirklich erworben worden, vielmehr hierzu die Apprehension nöthig ist. Dieß kannte man auch, wie die Erinnerungen gegen den gedruckten Entwurf, wo die Bestimmungen in den §§ 43—45 vorkommen, ergeben, und wovon wir die §§ 43 und 44 hierher setzen:

§ 43. Das Besitzrecht desjenigen, dem eine Sache körperlich übergeben worden, hat den Vorzug vor dem,

13) *Ebd.* S. 139—142.

welcher durch bloße Anweisung oder symbolische Uebergabe erlangt wird.

Mon. 1. Sollte dieses Gesetz wirklich in der Natur der Sache oder auch nur in dem Vorzuge einer Form der Besitzergreifung vor der andern gegründet sein? und ist es, bei Entstehung rechtlicher Verhältnisse, nicht gleichgültig, ob etwas, *ceteris paribus*, Hand in Hand oder durch Zeichen geschehe?

Gosler. Wenn die symbolische Uebergabe beibehalten wird, so beruhet das Gesetz auf gutem Grunde. Das Symbolum wird ein Nichts, wenn die Wahrheit fehlt, und für denjenigen, welcher eine Sache wirklich in seiner Gewahrsam hat, spricht die That selbst.

Mon. 2. Nur die Vortheile der körperlichen Detention sind auf Seite dessen, dem die Sache körperlich übergeben worden: das Besitzrecht hingegen sollte durch beide Arten der Uebergabe gleichmäßig übereignet werden. Nur allein die Zeit kann alsdann entscheiden, und es muß heißen: *prior tempore, potior jure*.

G. Es giebt eigentlich kein Besitzrecht, sondern rechtmäßiger Besitz wirkt bloß die Vermuthung des Eigenthums, und hat so lange alle Rechte des Eigenthums.

§ 44. Streiten Mehrere, denen der Besitz bloß symbolisch oder durch Anweisung übergeben worden, über die Rechte des Besitzes, so kann keiner sich derselben gegen den Andern anmaßen.

Mon. 1. Der ältere muß auch hier den Vorzug haben, wenn einmal die symbolische Uebergabe nach § 35 überhaupt zugelassen ist.

G. Ist nur in soweit richtig, als man eine gleiche Beschaffenheit des Titels voraussetzt.

Mon. 2. Diese Disposition kann nur in soweit Statt finden, als von dem wirklichen Besitze die Frage ist; das Recht zum Besitze aber muß nach der Qualität eines jeden Besitzers und nach den Grundsätzen der §§ 107 seq. entschieden werden.

G. Das Recht zum Besitze, als präsumtives Eigenthum betrachtet, hängt bloß von der Beschaffenheit des Titels ab. Meint aber der Monent das jus possessionis, welches eigentlich bloß die Gewahrsam zum Gegenstande hat, so kann davon in dem vorausgesetzten Falle gar nicht die Rede sein, weil bei einer bloß symbolischen Uebergabe Niemand von den Streitenden in possessione naturali gewesen ist ¹⁴⁾.

Die Bestimmungen wurden hierauf in dem umgearbeiteten Entwürfe in den §§ 73—75 im Wesentlichen so gefaßt, wie sie die oben angegebenen §§ 74—76 des Allg. Landrechts enthalten, und das gegen den ersten und letzten Paragraphen wiederholte Monitum, daß kein eigentlicher Grund des Unterschiedes, in Ansehung des Effects der symbolischen Uebergabe und der körperlichen zu denken, und daß doch wohl der den Vorzug haben müßte, der zuerst einen Besitz durch Zeichen oder Anweisung erhalten habe ¹⁵⁾, wurde nicht berücksichtigt. Die practische Bedeutung der Bestimmungen der mehrgedachten §§ 74—76 ist hiernach diese:

1. Nur die körperliche Besitzergreifung giebt wirklichen Besitz.

14) Ebend. S. 242—244.

15) Ebend. S. 360 und 361.

2. Ist daher dem Einen eine Sache körperlich übergeben worden, und dem Andern ist die Uebergabe durch Anweisung oder durch Zeichen geschehen, so ist Jener Besitzer, und dieser hat gar keinen Besitz erworben.

3. Haben Mehrere die Uebergabe bloß durch Zeichen oder Anweisung erhalten, so hat Keiner den Besitz, bis der Eine denselben wirklich ergriffen hat; und wenn sie über die Erlangung des Besitzes in Streit kommen, bevor Einer denselben ergriffen hat, so kommt es lediglich auf das Recht zum Besitze an.

Es kann also der Fall, daß Mehrere den Besitz erworben haben, so daß sie gleichzeitig im Besitze sein könnten, gar nicht vorkommen.

Wir wenden uns jetzt zur *Compossessio*. Auch dieses Verhältniß ist unklar aufgefaßt und im Landrecht verworren dargestellt worden. In den Klein's und Kircheisen'schen Entwürfen war es übergangen. In dem umgearbeiteten Kircheisen'schen Entwurfe findet sich eine darauf bezügliche Stelle im § 26, welche so lautet:

„Wenn Mehrere eine Sache nutzen, so muß jeder die Redlichkeit oder die Unredlichkeit des Besitzes für seinen Theil verantworten“¹⁶⁾.

In dem gedruckten Entwurfe findet sich diese Stelle im § 16 Th. II. Tit. 4. Dagegen monirte der Sächsishe Ober-Appellationsgerichts-Rath von Lindenu, daß die Unredlichkeit des Einen von Allen vertreten werden müßte, wenn Gesellschafter eine Sache nutzten; denn jede Societät sei als eine moralische Einheit anzusehen, und nach diesem Grundsatz seien ihre Rechte und Verbindlichkeiten zu bestimmen. Gosler bemerkte dazu: „Scheint nicht ohne Grund und wird anheim gestellt“¹⁷⁾. Suarez äußert sich darüber in

16) Zeitschrift a. a. D. S. 127.

17) Ebend. S. 221.

der *revisio monitorum* so, wie es bereits oben (S. 71) mitgetheilt worden ist; und entwarf die Bestimmungen, wie sie gegenwärtig das Allg. Landrecht in den §§ 24 und 25 enthält, nämlich:

„Wenn Mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen, so muß jeder die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besizes für seinen Antheil vertreten.“

„Doch kann auch der redliche Mitbesitzer aus der Unredlichkeit des Andern, zum Schaden eines Dritten, keinen Vortheil ziehen. (§ 37.)“¹⁸⁾

Wie diese Stellen zu verstehen, und daß dabei eine Vermengung des Besizes einer juristischen Person mit dem Mitbesize Mehrerer zum Grunde, ist bereits oben (S. 68) auseinandergesetzt¹⁹⁾.

18) Vergl. §§ 88 und 89 d. Z.

19) Es ist interessant, die Ansicht der Gesetz-Revisoren hierüber zu kennen. Es heißt in den Motiven a. a. O. S. 30: „Das Beispiel, welches Suarez gewählt hat (oben S. 72) deutet zwar auf die Ansicht, als ob nur von einem solchen Vortheile die Rede sei, welches gerade seinen Entstehungsgrund in der Unredlichkeit des Mitbesizers habe. Bei näherer Beobachtung ergiebt sich indeß, daß in dem gewählten Beispiele der Erwerb durch den unredlichen Genossen ein unerheblicher Nebenumstand ist, da der Gesellschafter, insofern er für die Gemeinschaft handelt, eine Mittelsperson bildet, deren Redlichkeit oder Unredlichkeit demjenigen, für welchen der Besiz erworben wird, nicht schadet. Es muß mithin angenommen werden, daß in allen Fällen, wo eine Sache untheilbar ist, oder zu ungetheilten Rechten besessen wird, der redliche Mitbesitzer aus seinem Besize keinen Vortheil solle erlangen können, wenn nur Ein unredlicher Mitbesitzer vorhanden ist. Wir haben indeß geglaubt, diesen Grundsatz verlassen zu müssen, weil er den § 24 aufhebt. Man muß nämlich beim gemeinschaftlichen Eigenthum ideelle Theile der Regel nach als vorhanden voraussetzen. Will man aber jetzt den Fall ausnehmen, wenn eine Sache von Mehreren als Ganzes zu

Die Betrachtungen über den Besitz überhaupt sind beendigt, und damit ist die Aufgabe dieses Abschnitts gelöst.

Der Gang der folgenden Untersuchung ist der: Zuerst soll die Erwerbung des Besitzes entwickelt werden (Abschnitt 2); dann von dem Verlust desselben gehandelt (Abschnitt 3); und zuletzt mit der Abhandlung über die Rechtsmittel zum Schutz des Besitzes geschlossen werden (Abschnitt 4).

ungetheilten Rechten besessen wird, so bleibt kein gemeinschaftlicher Besitz mehr übrig, worauf der § 24 Anwendung finden könnte; weil der Gegensatz des eben gedachten Besitzes zu ungetheilten Rechten nichts Anderes sein kann, als eine Gemeinschaft, die nicht mehr aus ideellen, sondern aus wirklich gelegten Antheilen besteht. Dieß aber führt, anstatt des gemeinschaftlichen Besitzes, auf eben so viele einzelne Sachen, deren jede für sich besessen wird.

Wir setzen deswegen den Unterschied zwischen dem Besitze mehrerer Miteigenthümer und einer moralischen Person lediglich darein, daß von den ersteren jeder Einzelne die Redlichkeit oder Unredlichkeit für seinen Antheil vertreten muß, und in demselben Maße aus seinem Besitze Vortheil ziehen kann; während die moralische Person nur als Einheit gedacht werden darf, wobei die Redlichkeit oder Unredlichkeit nach der Mehrheit zu entscheiden ist.

Dieser Ansicht zu Folge hat der § 25 ganz weggelassen werden müssen."

Zweiter Abschnitt.

Von dem Erwerbe des Besitzes.

§ 9.

Allgemeine Erfordernisse.

Das Röm. Recht verlangt zum Erwerbe des juristischen Besitzes zweierlei:

- 1) Die Besitzergreifung (Apprehensio), d. i. eine solche körperliche Handlung (corpus, factum), welche den Besitzerwerbenden in ein solches Verhältniß zur Sache setzt, daß er mit Ausschließung aller Andern darüber nach Willkühr verfügen kann.
- 2) Eine Absicht, ein Wollen (animus), darauf gerichtet, die ergriffene Sache als seine eigene für sich zu behandeln. Nur bei dem abgeleiteten Besitze, als einer Modifikation des ursprünglichen Begriffs, wird das Eigenthum eines Andern anerkannt.

Mit dem Zeitpunkte, wo diese beiden Momente zusammen-treten, ist der Besitz erworben.

Im Allgem. Landrechte findet sich im Ganzen eben dieselbe factische Handlung ¹⁾ und derselbe Wille ²⁾ als wesentliche Erfordernisse zur Besitzerwerbung, auch ist der Anfangs-Punkt des Besitzes wohl eben so zu bestimmen, wie nach Röm. Recht, wenn nach § 110 h. t. die-

1) I. 7, § 48.

2) § 43 und 44 ib.

jenige Handlung denselben bestimmen soll, wodurch die Besitzergreifung vollendet wird. Aber außerdem wird noch verlangt:

- 3) eine gewisse Rechtmäßigkeit der Erwerbung, welche nach den Umständen positiv oder negativ sein kann³⁾. Dieses Erforderniß ist es, welches den Besitz als solchen selbst zum Rechtsverhältniß macht, und wodurch er sich von dem Besitz des Röm. Rechts wesentlich unterscheidet.

Alle Rechte überhaupt können nach dem Allgem. Landrecht in der Regel nicht nur durch eigne Handlungen, sondern auch durch Andere unter denselben Regeln, wie bei eigenen Handlungen, erworben werden.

Hierdurch sind die Gegenstände dieses Abschnitts bestimmt. Es soll darin gehandelt werden:

- 1) von der Besitzergreifung, als derjenigen Handlung, welche die erste Bedingung des Besitzes ist;
- 2) von dem Wollen, welches bei jeder Art des Besitzes mit der körperlichen Handlung verbunden sein, oder doch nachher hinzu treten muß;
- 3) von der Rechtlichkeit, welche die Besitzergreifung begleiten muß, als dritter wesentlicher Bedingung des Besitzes;
- 4) von der Erwerbung durch Stellvertreter.

Endlich sollen die Resultate zeigen, wodurch die Erwerbung des Besitzes den Erwerbungen anderer Rechte durch das Allgem. Landrecht näher gebracht worden, im Verhält-

3) I. 9, § 12 und 13. I. 7, § 96, 97, 98 und 106. I. 21, § 231.

niß zur Römischen Besitz-Erwerbung; und in wiefern noch jetzt ein Unterschied zwischen Erwerbung des Besitzes und anderer Rechte vorhanden ist.

§ 10.

Von der Besitzergreifung (Corpus).

Die Besitzergreifung überhaupt besteht nach Röm. Recht in irgend einer körperlicher Handlung, wodurch für den Erwerbenden die physische Möglichkeit gegeben wird, auf den Gegenstand beliebig und willkürlich einzuwirken. Es ergibt sich von selbst, daß nach Verschiedenheit der Gegenstände auch die Handlung selbst verschieden sein könne; bei Allen aber liegt eine unmittelbare körperliche Gegenwart als etwas Allgemeines zum Grunde.

I. Bei körperlichen Sachen besteht diese Thatsache in der unmittelbaren Gegenwart, verbunden mit der gegenwärtigen Abwesenheit jedes Hindernisses der willkürlichen und ausschließlichen Einwirkung, so daß die Möglichkeit, auf die Sache nach Willkühr ausschließlich zu wirken, von dem Erwerbenden als unmittelbar gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden kann. Also die Möglichkeit einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache, und keinesweges körperliche Berührung macht die Apprehension aus; und damit sind die bisher in vielen Fällen angenommenen fingirten Apprehensionen aufgehoben, weil auf alle Fälle, in welchen von Besitz-erwerbung die Rede ist, ohne Ausnahme der Begriff der natürlichen Apprehension paßt ¹⁾.

Das Allgem. Landrecht nennt Besitzergreifung ebenfalls diejenige äußere Handlung, wodurch eine körperliche Sache in die Gewalt des Besitzers gelangt, und hält dazu jede

1) v. Savigny, das Recht des Besitzes 6. Aufl. S. 232. 233. 266.

Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst oder durch Andere zu gebrauchen, und darüber zu verfügen²⁾).

Diese Definition verlangt also eben so wenig eine eigentlich körperliche Berührung, und läßt den Römischen Begriff der Apprehension zu. Aber in der Anwendung zeigt sich eine Abweichung, welche an die Theorie von symbolischen Handlungen erinnert, und die Möglichkeit zuläßt, daß einen und denselben juristischen Besitz der nämlichen Sache zwei Personen zu gleicher Zeit haben können, was doch der Natur des Besitzes widerspricht.

Es heißt § 52:

„Wer den Besitz der Hauptsache ergreift, der hat zugleich alle Pertinenzstücke derselben in Besitz genommen.“

Und § 53:

„Wer in der Absicht, einen Inbegriff von Sachen in Besitz zu nehmen, einzelne Stücke desselben in seine Gewalt nimmt; der hat dadurch den Besitz des Ganzen ergriffen.“

Es können aber einzelne Pertinenzen oder Sachen gerade zur Zeit dieser Besitzergreifung im Besitze eines Andern sein. Von diesen müßte nach diesem Grundsatz der Besitz mit erworben sein, ohne daß der alte aufgehört hätte. Diesen Widerspruch mußte der Gesetzgeber erst durch eine besondere Ausnahme von der Regel, oder durch eine Modification des Grundsatzes aufheben, indem er verordnete: daß bei solchen Pertinenzen und einzelnen Sachen der Besitz noch besonders erworben werden müsse²⁾).

2) I. 7, § 50 und 51.

3) Allgem. Landrecht I. 7, § 54.

So hat es bei diesem Grundsatz also auf künstlichem Wege dahin gebracht werden müssen, wohin die Anwendung des Römischen Grundsatzes von selbst führt. Nach diesem ist durch jene Handlung der Besitz eines zusammengesetzten Guts und eines Inbegriffs von Sachen noch nicht erworben, sondern dazu gehören solche Handlungen, wodurch die sinnliche Ueberzeugung physischer Herrschaft über jeden Theil entstehen kann.

Eine symbolische Apprehension nimmt also das Allgem. Landrecht bei *universitatibus rerum* wirklich an. Denn der Erwerber des Besitzes soll denselben auch von solchen einzelnen zum Inbegriff gehörigen Stücken erworben haben, welche nicht im wirklichen Besitz eines Dritten sind. Eine Gewahrsam solches Dritten würde also die Besitzerwerbung nicht hindern⁴⁾.

Bei einzelnen Sachen aber läßt es sich zeigen, daß jedesmal eine wirkliche natürliche Besitzergreifung nach dem oben aufgestellten Begriffe verlangt wird, des Ausdrucks ungeachtet.

Die nähere Betrachtung der dahin gehörigen Stellen wird dieses zeigen.

Der § 61 disponirt:

„Die Uebergabe kann nicht nur körperlich aus Hand in Hand, sondern auch durch Zeichen (symbolisch) geschehen.“

§ 63. „Nur müssen dieselben von der einen Seite die Absicht, den Besitz zu erledigen, und von der andern Seite, denselben zu ergreifen, hinlänglich andeuten.“

4) Allgem. Landrecht I. 7, § 54. „Doch muß bei Pertinenzstücken und einzelnen Sachen, die sich zur Zeit der Besitznehmung der Hauptsache, oder des Inbegriffs, im wirklichen Besitz eines Dritten befinden, der Besitz besonders erworben werden.“

§ 64. „Auch muß die symbolische Uebergabe von der Beschaffenheit sein, daß der körperlichen Besitzergreifung ferner nichts im Wege stehe.“

Nun ist aber die eigentliche und natürliche Besitzergreifung nichts anders, als eben die gegenwärtige Möglichkeit, die Sache zu ergreifen und darüber zu verfügen; und die Berührung selbst gehört gar nicht zum Wesen der Besitzergreifung, wie oben gezeigt ist, und wie auch das Allgem. Landrecht selbst anerkennt ⁵⁾. Also ist die Besitzergreifung, welche hier unter der symbolischen gemeint wird, keine andere, als die natürliche. Dies wird noch mehr klar durch die gemachte Anwendung, welche der § 65 enthält. Es heißt:

„So können Waaren und andere Effecten, welche in einem verschlossenen Behältniß sich befinden, durch Aushändigung der Schlüssel übergeben werden.“

Diese Stelle ist entstanden aus L. 74 de contr. emt.

„Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum
 „possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae
 „sint: quo facto, confestim emtor dominium et possessio-
 „nem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea.“

Nur das Verhältniß der Gegenwart bei dem Behältniß ist in dem § 65 nicht ausgedrückt, welches diejenige Theorie, nach der die Schlüssel als Symbole betrachtet werden, natürlich für überflüssig halten muß. Wiewohl das Allgem. Landrecht derselben im Ausdruck darin folgt, so zeigt der Zusammenhang mit dem § 64 doch klar, daß es hier bloß deshalb die Besitzergreifung für geschehen annimmt, weil mit der Aushändigung der Schlüssel die Möglichkeit gegeben ist, die Sachen sofort zu ergreifen; denn ohne dieselben wäre nach diesem § der Besitz doch nicht ergriffen. Aus demselben Grunde ist auch nach Röm. Recht hier eine

5) I. 7, § 50 und 51.

wirklich natürliche, und keine fingirte Apprehension vorhanden 6).

Daß es nach dem Allgem. Landrecht bei solchen Zeichen wesentlich nur auf die Möglichkeit der gegenwärtigen physischen Herrschaft ankomme, ergiebt der § 56 noch ganz besonders:

„Die bloße Bezeichnung (herrenloser Sachen) aber, heißt es, hilft dem nichts, dem das Vermögen, die Sache selbst in seine Gewalt zu bringen, ermangelt,“ und daher hilft auch die bloße Bezeichnung allein dann nicht, wenn ihr in dem Zeitpunkt, wo sie geschieht, von einem Dritten widersprochen wird (§ 57), in welchem Fall freilich erst die wirkliche Ergreifung die Apprehension vollendet.

Ganz dasselbe Verhältniß versteht das Allgem. Landrecht unter derjenigen symbolischen Uebergabe, von welcher in der Lehre vom Pfandrecht 7) die Rede, und wo noch buchstäblicher auseinandergesetzt ist, daß der Pfandgläubiger die wirkliche physische Herrschaft über die Pfandstücke erlangen muß.

Es ist hieraus klar, daß diejenige symbolische Besitzergreifung, welche oben bei universitatibus Statt finden soll, ganz ein anders sei, als von welcher bei einzelnen Sachen die Rede ist; und das letztere sich von der wahren natürlichen in nichts, was sich auf den Grundsatz bezieht, unterscheidet; wogegen sich in Beziehung auf die Anwendung allerdings ein solcher Unterschied zugeben läßt, was aber, wie gesagt, den Grundsatz nicht ändert.

Dieser Meinung scheint der § 74 h. t. mit seinem Marginale entgegen zu stehen.

6) v. Savigny Recht des Besitzes (6. Aufl.) S. 249 und fig. 7) I, 20, § 271 seq.

Die Randbemerkung heißt:

„Was Rechtens, wenn Mehrere den Besitz erworben haben.“

Aber dieses ist kein Gesetz; auch zeigen die §§ selbst, auf welche sie sich bezieht, daß die Sache nicht so gemeint ist. Es heißt:

§ 74. „Der, welchem eine Sache körperlich übergeben wird, hat, in Ansehung der aus dem Besitz entspringenden Rechte, den Vorzug vor dem, welchem die Uebergabe bloß durch Anweisung oder durch Zeichen geschehen ist.“

Die practische Folge dieser Stelle ist keine andere, als die, daß derjenige, dem die körperliche Uebergabe geschehen, als Besitzer angesehen; der Andere aber, dem bloße symbolische Uebergabe geschehen, als Besitzer nicht behandelt, folglich der Besitz bei ihm negirt wird. Also steht diese Stelle mit der oben ausgesprochenen Meinung nicht in Widerspruch.

Daß bei bloß symbolischer Uebergabe der Besitz noch gar nicht als erworben betrachtet wird, ergeben die §§ 74 75 deutlich. Der Paragraph 74 ist so eben wörtlich angeführt. Der darauf folgende Paragraph 75 aber lautet wie folgt:

„Streiten Mehrere, welche die Uebergabe bloß durch Zeichen oder Anweisung erhalten haben, über die Rechte des Besitzes, so kann sich keiner dieser Rechte gegen den andern anmaßen.“

Der Gegenstand dieser Bestimmungen ist das Recht zum Besitze, welches Mehrere zu gleicher Zeit haben⁸⁾. Darum verordnet der folgende § 76:

„Vielmehr muß die Sache so lange in gerichtlichen Beschlag genommen werden, bis das Recht zum Besitze entschieden ist. (Tit. 10 § 18—25.)“

8) Vergl. oben S. 119 — 125.

Das Ergebniß also ist: daß das Allgem. Landrecht bei einem Inbegriff von Sachen eine wahre fingirte Besizergreifung kennt und positiv vorschreibt; bei einzelnen Sachen aber in der Wirklichkeit keine andere, als die natürliche Besizergreifung meint.

Auf das hier als nothwendig zur Besizergreifung dargestellte Erforderniß der unmittelbaren Gegenwart soll, wie Bornemann⁹⁾ sagt, nichts ankommen. Denn, meint er, weshalb diese Gegenwart eine *conditio sine qua non* der Besizergreifung sein, und weshalb z. B. es einen Unterschied machen solle, ob die Schlüssel tausend Schritte von dem Behältnisse, oder unmittelbar bei demselben ausgehändig worden, sei nicht recht abzusehen: die tausend Schritte brauchten ja nur zurückgelegt zu werden, um eben so weit zu kommen, als in dem zuletzt gedachten Falle. — Wenn auf diesen Unterschied nichts ankommt, so giebt es keinen Grund, warum die Entfernung nicht eben so gut tausend Meilen sein könnte; diese brauchen ja auch nur zurückgelegt zu werden. Wo soll denn die Grenze sein? Die Sache soll in die Gewalt des Besizers gebracht worden sein, um den Besitz ergriffen zu haben; diese Gewalt aber ist der Zustand, in welchem die willkürliche Behandlung der Sache möglich ist, und eine willkürliche Behandlung wird nur möglich durch die körperliche Gegenwart, in sofern dabei kein Hinderniß ist, die Sache wirklich zu ergreifen.

Ein solches Hinderniß kann nun aber liegen, entweder in der gleichzeitigen Gegenwart eines Andern mit derselben Absicht¹⁰⁾, oder in einem Natur-Umstande.

I. Liegt das Hinderniß in einer Person, die auch den Besitz haben will, so kann es beseitigt werden entweder durch den eigenen Willen derselben, oder durch Gewalt.

9) System Bd. I. S. 503.

10) A. E. R. h. t. § 57.

Das erstere geschieht bei jeder Uebergabe. Die Uebergabe setzt also eine wechselseitige Willensübereinstimmung voraus, und hat die Natur eines Vertrags. Der Wille des Uebergebenden muß mithin bei der Ueberlieferung der Sache darauf gerichtet sein, daß der Uebernehmende die Sache für sich haben und behalten (besitzen) soll. Ist mit der Aushändigung eine andere Absicht verbunden, so erwirbt der Uebernehmende den Besitz der Sache durch Uebergabe nicht, wenn gleich er selbst die Absicht hat, den Besitz zu erwerben. Dahin gehört:

1. der Fall, wenn der gegenwärtige Inhaber dem Empfänger die Sache nur zu einem bestimmten Zweck, und nicht in Folge des demselben in Beziehung auf die Sache zustehenden Titels, übergiebt, z. B. wenn der Verkäufer die verkaufte Sache dem Käufer zwar übergiebt, aber nicht, um den Kaufcontract zu erfüllen, sondern etwa den Gegenstand zu untersuchen. Ein hiernach zu entscheidender Rechtsfall war dieser: Ein Kassenbeamter war an eine Privat-Person 4000 Thlr. schuldig. Er machte einen Kassendefect von mehreren Tausend Thalern. Um Tage nach der Entdeckung hatte er einen Brief, an einen Dritten an dem Wohnort des Gläubigers, auf die Post gegeben. Die Kassenbehörde vermuthete, daß darin ein Theil der unterschlagenen Gelder enthalten gewesen, und sandte einen Kommissarius nach jenem Ort, um sich dieser Gelder zu bemächtigen. Der Dritte hatte diesen Brief erhalten, aber in demselben hatte bloß ein anderer Brief, adressirt an den Gläubiger, gelegen, den der Dritte an einen Diener zur Besorgung abgegeben hatte. Der Diener hatte diesen Brief noch nicht abgeliefert, und der Kommissarius begleitete ihn zu dem Gläubiger. Dieser empfing den Brief aus den Händen des Dieners, eröffnete ihn in Gegenwart und auf Geheiß des Kommissarius, und überlieferte die darin befindlichen 3400 Thlr. an denselben auf dessen Verlangen. Nachher klagte der Gläubiger gegen die fisciatische Station auf Zu-

rückgabe oder Bezahlung dieser 3400 Thlr. aus dem Grunde, weil er den Besitz des für ihn bestimmt gewesenen Geldes ergriffen haben wollte. Der Instructions-, und der Ober-Appellations-Senat des Kammergerichts erkannten diesen Grund auch für richtig an und verurtheilten den Fiscus. Das Geheime Ober-Tribunal aber änderte diese Urtheile und wies den Kläger ab, aus dem ganz richtigen Grunde, weil ihm der Brief nur zur Eröffnung, nicht aber zur Besitzergreifung des etwa darin befindlichen Geldes von dem Commissarius, der der unbedingten Uebergabe des Briefes zuvorgekommen, überliefert worden war ¹¹⁾.

2. Der Fall, wenn unter einer aufschiebenden Bedingung die Gewahrsam eingeräumt wird.

Durch Gewalt kann das Hinderniß beseitigt werden, wenn der Besitzergreifende den ihm entgegentretenden Widerstand überwindet ¹²⁾. Nach dem Allgem. Landrecht wird jedoch dadurch nur alsdann Besitz erworben, wenn der Widerstehende selbst noch nicht im Besitz ist, wie weiterhin vorkommen wird.

Vorhin ist die Uebergabe so gedacht worden, daß sie durch die unmittelbare Ueberlieferung der Gewahrsam aus der Hand des bisherigen Inhabers in die des neuen Besitzers vollzogen wird. Sie kann aber auch noch auf dreierlei andere Weisen vollzogen werden, nämlich entweder so, daß derjenige, der den Besitz erwerben soll, nicht selbst sondern ein Dritter die Gewahrsam erhält; oder so, daß die Gewahrsam bei dem neuen Besitzer schon ist und in Besitz verwandelt wird, oder endlich so, daß der bisherige Inhaber die Gewahrsam behält.

11) Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1837. S. 494.

12) L. 52. § 2. D. de aquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

1. Das erstere geschieht, wenn derjenige, dem die Sache übergeben werden soll, dem gegenwärtigen Besitzer den Auftrag giebt, dieselbe einem Dritten auszuliefern ¹³). In dem Augenblick, wo der Inhaber den Entschluß faßt, den Auftrag zu vollziehen, wird er Stellvertreter des Auftraggebers und macht dadurch Diesen zum Besitzer; und wenn der Auftrag dahin geht, dem Dritten zu tradiren, so wird Dieser unmittelbarer Besiznachfolger des Auftraggebers, nicht desjenigen, von dem er die Sache erhält. Dieses Falls ist im Allgem. Landrecht nicht gedacht.

2. In dem zweiten Falle, wo der bisherige Inhaber Besitzer werden soll, ist für die Besizergreifung (Apprehensio) nichts mehr zu thun, sondern es genügt die Willenserklärung des Besitzers, daß der Inhaber Besitzer sein solle. (*Brevi manu traditio*) ¹⁴). Das Allg. Landrecht gedenkt dieses Falls im § 70:

„Wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, dem bisherigen Inhaber die Rechte des Besitzers einzuräumen, auf eine rechtsbeständige Weise erklärt; so ist diese Erklärung als eine neue Uebergabe anzusehen.“

Die Willenserklärung soll hiernach in rechtsbeständiger Form geschehen, während nach Röm. Recht es bloß auf die Willensäußerung als Factum ankommt. Hierher gehört auch der Eintritt der Bedingung bei einer bedingten Uebergabe.

13) L. 31 § 1. D. de donat. (XXXIX. 5.) — L. 3 § 12. D. de donat. inter vir. et uxor. (XXIV. 1.) — L. 1 § 21. D. de acquir. vel amit. poss. (XLI. 2.) — v. Savigny, a. a. O. 6. Aufl. S. 241. 248.

14) L. 9 § 5. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) — § 44. J. de rerum divis. (II. 1.) — L. 62. pr. de evict. (XXI. 2.) — L. 9 § 9. de rebus creditis. (XII. 1.)

Wie aber wird der Fall behandelt, wenn der bisherige Inhaber für sich allein den Vorsatz faßte, seine Detention in Besitz zu verwandeln? Nach dem Röm. Rechte kann im Fall des Daseins der physischen Herrschaft solo animo Besitz erworben werden, weil außer der Willensbestimmung selbst nichts neues zu geschehen braucht. Es kommt also bloß auf den Willen ¹⁵⁾ des Inhabers an, ob er nun für sich besitzen will. Dieß ist die Regel, von welcher aber die Ausnahme Statt findet: daß derjenige, welcher für einen Andern den Besitz einer beweglichen Sache ausübt, diesen Besitz durch seinen bloßen Willen nicht, sondern nur durch eine *contractatio* erwerben kann; und derjenige, welcher den Besitz einer unbeweglichen Sache für einen Andern hat, solchen selbst erst dann erwirbt, wenn der wahre Besitzer diesen *animus* erfahren hat und sich dabei beruhigt, oder mit Gewalt abgewiesen wird.

Das Allgem. Landrecht verlangt ebenfalls, wie es die Natur der Sache mit sich bringt, keine neue Besitzergreifung zur Erwerbung des Besitzes, wenn die physische Herrschaft schon existirt, und es kann danach in solchen Fällen wirklich solo animo Besitz erworben werden, und zwar ganz allgemein und ohne Ausnahme, indem die Fälle, welche nach Röm. Recht unter die vorhin erwähnte Ausnahme fallen, im Allgem. Landrecht keine Ausnahme machen, weil in denselben der Besitz, schon nach der bei der Erwerbung geltenden Regel, ausgeschlossen ist. Denn es würde dabei das dritte Requisite, nämlich die Rechtllichkeit der Besitzergreifung, fehlen, ohne welche überall kein Besitz entstehen kann. Hieraus folgt auch der im § 69 h. t. ausgesprochene Grundsatz: daß der welcher für einen Andern eine Sache inne hat, durch seinen bloßen Willen, die Sache

15) Denn die Regel: *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, bezieht sich ursprünglich auf etwas ganz anders. Gajus II. § 52 — 58.

nunmehr für sich zu haben, den Besitz derselben nicht erlangen könne; welches eine Anwendung der Regel: *nemo sibi cansam etc.* ist. Es ergibt sich hieraus, daß der § 125 h. t.:

„Wer eine Sache für einen Andern inne hat, oder unvollständig besitzt, kann diesen seines Besitzes nur durch solche Handlungen entsetzen, welche die Eigenschaften einer neuen Besitzergreifung an sich haben (§ 70),“

nicht die Besitzergreifung als die äußere Handlung, welche zur Erwerbung des Besitzes nöthig ist, und welcher es bei einem Inhaber nicht mehr bedarf, meint, sondern nur das rechtliche Erforderniß, welches als dritte Bedingung zur Erwerbung des Besitzes dem Allgem. Landrecht eigenthümlich ist ¹⁶⁾.

Diese Erklärung wird auch durch die Bezugnahme auf den § 70 bestätigt.

3. Der dritte Fall ist die umgekehrte *brevi manu traditio*, und besteht darin, daß der bisherige Besitzer die Absicht erklärt, den Besitz für den Andern ausüben zu wollen ¹⁷⁾. Neuere nennen dieß Verhältniß *constitutum possessorium*. Auf diese Weise wird der Besitz jedoch nicht durch die bloße Aeußerung des bisherigen Besitzers, daß er die Sache hiermit übergeben haben wolle ¹⁸⁾, sondern nur durch die

16) Die Erklärung des vorigen Besitzers ist keine Besitzergreifung des nachherigen Besitzers; die Besitzergreifung setzt auch keine körperliche Thatsache voraus, wie es in der Grävelli'schen Note ad h. § heißt, sondern die Besitzergreifung selbst ist diese körperliche Thatsache.

17) L. 18. pr. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

18) L. 48. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.) — Vergl. L. 20. C. de pactis. (II. 3.)

ausdrückliche Willenserklärung desselben, daß er die Sache nunmehr für den Andern in seiner Gewahrsam halten wolle¹⁹⁾, oder durch solche Handlungen erworben, woraus diese Absicht nothwendig folgt. Dahin gehört:

a. Wenn Jemand seine Sache veräußert und sich daran den Nießbrauch vorbehält. Dadurch überträgt er Eigenthum und Besitz und detinirt für den neuen Besitzer. Dieser Fall findet sich im § 72. h. t.:

„Daher ist die Erklärung des bisherigen Eigenthümers, daß er sich von seiner Sache nur den Nießbrauch vorbehalte, zur Einräumung des Besitzes an Denjenigen, zu dessen Besten die Erklärung geschieht, hinreichend²⁰⁾.“

b. Wenn Jemand seine veräußerte Sache miethet oder pachtet, so geht dadurch der Besitz auf den Andern über. Auch dieser Fall ist aus dem Röm. Recht in das Allgem. Landrecht übergegangen.

§. 73. „Miethet oder pachtet der bisherige Eigenthümer eines Grundstücks dasselbe von einem Andern, so vertritt dieser Vertrag zugleich die Stelle der Einräumung des vollständigen Besitzes²¹⁾.“

19) L. 1. § 2. D. de peric. et comm. rei vend. (XVIII. 6.) — N. L. R. § 71. h. t. „Auch alsdann ist die Uebergabe des Besitzes für vollzogen zu achten, wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, die Sache nunmehr für einen Andern in seiner Gewahrsam halten zu wollen, rechtsgültig erklärt hat.“

20) Zur Begründung dieser zuerst im Kircheisen'schen Entwurfe § 634 vorgeschlagenen Bestimmung ist auf § 28. C. de donat. und auf Wernher Obs. P. I. Obs. 307 Bezug genommen. (Zeitschrift a. a. D. S. 82.) Vergl. Simon und v. Strampff Rechtsprüche. Bd. III. S. 275. — L. 28. L. 35. § 5. C. de donat. (VIII. 54.) — v. Savigny Geschichte des R. R. in Mittelalter Bd. II. S. 153.

21) L. 77. D. de rei vind. (VI. 1.)

In dieser Stelle ist nur von einem Grundstück die Rede; es ist jedoch kein Grund, in diesem Fall nicht eben so gut wie in dem vorigen das Verhältniß auf alle Sachen zu beziehen, da die beiden §§ 72 und 73 bloße Anwendungen der im § 71 bestimmten Regel sein sollen.

Eine Anwendung dieses Grundsatzes ist auch die Bestimmung, daß bei Kaufleuten der Vermerk in den Handlungsbüchern, daß eine Waare einem bestimmten Andern gehöre, die Stelle der Uebergabe vertrete.²²⁾

Hiernach ist auch die oft vorkommende Frage zu entscheiden: ob angeschlagenes, noch auf dem Stamme stehendes Holz für übergeben zu erachten. Das Practische dieser Frage zeigt sich besonders alsdann, wenn vor der Abführung des Holzes der Verkäufer in Concurſ verfällt. Hier wollen die Gläubiger das Holz als Eigenthum der Masse behandeln und den Käufer wegen des bereits bezahlten Kaufgeldes zur Liquidation verweisen, wovon denn die Folge gewöhnlich der Ausfall des Käufers ist. Aber nach dem hier besprochenen Grundsatz enthält der Anschlag oder die Anweisung bestimmter Bäume eine *brevi manu traditio*, d. h. die Willenserklärung des bisherigen Besitzers, daß wenn gleich er die Gewahrsam der Bäume bis zur Abführung behält, er den Käufer doch als den Besitzer betrachte und es folglich dessen Willkühr überlasse, die Bäume fortzunehmen.

Noch andere, im Allgem. Landrecht nicht besonders erwähnte, Anwendungen sind das *Precarium* bei Veräußerungen und die *Societas omnium honorum*²³⁾. Nur beim

22) N. E. N. II. § 8. 1264. — N. G. D. I. 50. § 302. — Gutachten der Geses-Commiff. v. 25. Octbr. 1788. (Klein, Annal. Bd. III. S. 315.)

23) L. 15. § 2. D. qui satisdare cog. (II. 8.) — L. 1. § 1. L. 2. pro socio. (XVII. 2.) — v. Savigny Besitz, 6. Aufl. S. 374.

Pfandcontract findet nach den Grundsätzen des Landrechts diese Regel keine Anwendung, d. h. wenn die Sache, welche Gegenstand des Pfandcontracts ist, dem Schuldner precario gelassen wird, so erwirbt der Gläubiger nicht den Pfandbesitz²⁴⁾.

II. In einem Natur-Umstande liegt das Hinderniß:

1. Wenn die Sache, welche in Besitz genommen werden soll, von Andern nicht unterschieden werden kann. In dieser Hinsicht bestimmt das Allgem. Landrecht h. t.:

§ 46. „Zur Besitznehmung gehört nothwendig, daß der Gegenstand derselben, er sei Sache oder Recht, genau bestimmt werde.“

§ 47. „Ist die Sache mit Andern vermischt, so muß sie abgesondert oder kenntlich ausgezeichnet werden.“

2. Wenn ein beweglicher Gegenstand, ungeachtet der unmittelbaren Gegenwart, doch nicht in die Gewalt desjenigen, der den Besitz ergreifen will, gebracht werden kann. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn ein Wild verfolgt wird, woran der Besitz eher nicht erworben, als bis es wirklich ergriffen worden ist²⁵⁾, oder wenn eine Sache liegen bleiben muß, weil sie wegen ihres Gewichts nicht fortzuschaffen ist. Wer einen gefundenen Baumstamm in Besitz nehmen will, sich aber wieder fortbegiebt ohne ihn mitzunehmen, der hat den Besitz desselben nicht erworben, wenn er ihn auch bezeichnet hätte²⁶⁾. Hierauf beziehen sich folgende Stellen des Allgem. Landrechts h. t.:

24) N. L. R. I. 20. § 9. u. 10. Anders nach der all. L. 15. § 2. D. qui satisfacere.

25) L. 5. § 1. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) — § 13. J. de rer. div. — N. L. R. I. 9 § 128. 129.

26) L. 51. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

§ 55. „Der Besitz einer Sache, die in Niemandes Besitz sich befindet, kann dadurch ergriffen werden, daß der Besitznehmende die Sache mit solchen Merkmalen bezeichnet, woraus seine Absicht, dieselbe künftig für sich gebrauchen zu wollen, deutlich erhellet.“

§ 56. „Die bloße Bezeichnung aber hilft dem nichts, dem das Vermögen, die Sache selbst in seine Gewalt zu bringen ermangelt.“

3. Wenn der Besitznehmende bei der Sache zwar unmittelbar gegenwärtig ist, aber von derselben noch durch irgend ein physisches Hinderniß getrennt ist. Dieß ist z. B. der Fall bei verschlossenen Gegenständen. Hier muß erst das Hinderniß beseitigt oder doch zur willkürlichen Beseitigung die Möglichkeit gegeben werden. Dieses geschieht durch Einhändigung der zu dem verschlossenen Gegenstande passenden Schlüssel. Hierauf beziehen sich folgende Bestimmungen des Allgem. Landrechts h. t.:

§ 64. „Auch muß die symbolische Uebergabe von der Beschaffenheit sein, daß der körperlichen Besitznehmung ferner nichts im Wege stehe.“

§ 65. „So können Waaren und andere Effekten, welche in einem verschlossenen Behältnisse sich befinden, durch Aushändigung der Schlüssel übergeben werden ²⁵).“

Es fragt sich jetzt noch: von welcher Art das physische Verhältniß sein müsse, um den Besitz fortzusetzen und zu erhalten. Das Röm. Recht verlangt zur Fortsetzung des Besitzes dieselben Bedingungen (*corpus und animus*), welche

25) L. 9. § 6. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) — § 45. J. de rer. div. — L. 1. §. 21. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.) — L. 1. §. 2. L. 14. § 1. D. de peric. et commod. rei vend. (XVIII. 6.) — L. 74. D. de contr. emt. (XVIII. 1.)

zur Erwerbung nöthig sind; aber in Rücksicht der erstern Bedingung verlangt es nicht eben dieselbe physische Herrschaft, die beim Anfange erforderlich ist. Es ist genug, wenn nur die Möglichkeit fortbauert, jenes unmittelbare Verhältniß willführlich wieder herzustellen. Dieß ist der Grund, warum nach Röm. Rechte der Besitz nicht verloren wird durch bloße Entfernung von der Sache, so daß die Fortdauer des Besitzes an die Fortdauer der Gewahrsam nicht nothwendig gebunden ist, und vielmehr so lange angenommen wird, bis der Besitzer an der Ausübung des Besitzes physisch wirklich verhindert wird.

Ganz denselben Grundsatz hat das Allgem. Landrecht ²⁶⁾.

§ 11.

Fortsetzung.

II. Bei Rechten.

Der Besitz von Rechten, welche mit einer Sache verbunden sind, wird mit dem Besitz der Sache zugleich erworben und bedarf keiner besondern körperlichen Handlung. Eben so wenig bedürfen Theile eines Rechts, welche aus seinem Begriffe von selbst folgen, einer besondern Besitzergreifung ¹⁾. Hier ist die Frage von der Erwerbung des Besitzes an solchen Rechten, die nicht einer Sache anhängen.

26) § 112. h. t. „Aus dem Verluste der Gewahrsam folgt noch nicht der Verlust des Besitzes.“

§ 113. „Vielmehr wird der Besitz so lange für fortgesetzt geachtet, als die geschene Aufhebung desselben nicht deutlich erhellet.“

§ 116. „Dagegen hört der Besitz auf, wenn es, durch ein die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß, dem Besitzer unmöglich wird, die verlorne Gewahrsam wieder zu erlangen.“

1) § 77 u. 79 h. t.

Das Röm. Recht kennt eine *juris quasi possessio* nur bei Servituten und andern dinglichen Rechten. In Rücksicht der Erwerbung dieser *juris quasi possessio* müssen unterschieden werden:

- 1) Persönliche Servituten. Bei diesen unterscheidet sich die körperliche Handlung bei der Besitzerwerbung von derjenigen, welche beim Besitz vorkommt, und welche vorhin bestimmt worden ist, durch nichts. Das Allg. Landrecht nimmt hierbei einen wirklichen Sachbesitz an, wie schon oben auseinandergesetzt ist. Das nämliche findet statt bei den übrigen dinglichen Rechten, deren Ausübung nur durch Innehabung der Sache selbst bestehen kann, daher diese Fälle bei der jetzigen Untersuchung außer allem andern Betracht bleiben.
- 2) Die dinglichen Servituten. Bei diesen müssen wieder mehrere Fälle unterschieden werden.

Das Röm. Recht nimmt für diese Servituten die Benennung von dem verpflichteten Grundstück her, und danach sind sie

- a) *servitutes quae in patiando consistunt*, oder nach dem berechtigten Subject affirmative Servituten, die darin bestehen, daß der Berechtigte etwas thun darf, was ihm sonst untersagt werden könnte.

Dieses Thun besteht

- α) entweder in einer eigenen selbstständigen Handlung, z. B. das *jus itineris*. Bei diesem Recht besteht das Körperliche der Besitzerwerbung in der wirklichen einmaligen Ausübung des Rechts als solches.
- β) Oder in einer, mit einem andern Grundstück verbundenen, besonderen Anstalt, z. B. das *jus oneris ferendi*. Hier besteht das Körperliche der Besitzerwerbung in der Anlegung des Gebäudes auf der nachbarlichen Mauer.

b) Oder servitutes quae in non faciendo consistunt, oder nach dem berechtigten Subject negative Servituten, die darin bestehen, daß der Eigenthümer etwas unterlassen muß, was er sonst vermöge seines Eigenthumsrechts thun könnte.

Bei diesen kann die äußerliche Handlung auf zweierlei Weise geschehen,

- 1) entweder durch Widerspruch gegen die vom Eigenthümer vorgenommene Handlung und wirkliche Verhinderung;
- 2) oder durch eine juristische Handlung, welche jede sein kann, die an sich das Recht selbst übertragen könnte²⁾.

Eine dritte Art von dinglichen Rechten, welche in faciendo bestehen, kennt das Röm. Recht nicht.

Das Allg. Landrecht dehnt den Rechtsbesitz, wie hier nochmals voraus erinnert wird, auch auf persönliche Rechte aus. Die körperliche Handlung bei der Besitzerwerbung von Rechten besteht hier, wie nach Röm. Recht, im Allgemeinen in deren Ausübung³⁾, welche unten bei den einzelnen Arten von Rechten näher bestimmt werden soll.

Die Terminologie der einzelnen Klassen von Rechten bestimmt das Allg. Landrecht abweichend von dem Röm. Recht, indem es nicht von den Servituten, sondern von den gegenüberstehenden Rechten ausgeht. Es theilt die Rechte ein:

- 1) in negative Rechte, welche darin bestehen, daß Jemand eine Handlung, welcher der Andere widerspre-

2) Die verschiedenen Meinungen hierüber s. m. bei v. Savigny Besitz, 6te Aufl. S. 602 u. flg.

3) I. 7, § 78.

chen konnte, vornehmen darf, also daß der Verpflichtete etwas leide oder etwas nicht hindere. Diese Rechte entsprechen den affirmativen Servituten des Röm. Rechts. Hierbei besteht die körperliche Handlung bei der Besitzerwerbung in der wirklichen Vollziehung der Handlung, als eines Rechts, gerade wie nach Röm. Recht ⁴⁾).

2) In Untersagungsrechte, die darin bestehen, daß der Andere eine Handlung, wozu er sonst berechtigt wäre, unterlasse, also etwas, was er sonst zu thun befugt wäre, sich untersagen lasse. Diese Rechte correspondiren den negativen Servituten des Röm. Rechts; und deren Besitz kann auf eben dieselben zwei verschiedenen Arten erworben werden, wie nach Röm. Recht, nämlich:

a) durch Verbot und dessen Befolgung ⁵⁾,

b) durch solche juristische Handlung, die das Recht selbst zu übertragen an sich geschickt ist. Das Allg. Landrecht bestimmt in dieser Hinsicht im § 87:

„Ist jedoch ein Untersagungsrecht Jemanden durch eine ausdrückliche Willenserklärung eingeräumt worden, so wird derselbe von dem Augenblicke an, wo diese Willenserklärung ihre Rechtsgültigkeit erlangt hat, in dem Besitze des Rechts zu sein geachtet.“

Hierdurch haben die Redactoren gerade das Richtige unter den verschiedenen Meinungen über die Erwerbung des Besitzes an Rechten dieser Art getroffen, denn die Untersagungsrechte erfordern nach der Natur der Sache diese Ausnahme, indem weder eine

4) § 81 und 82 ib.

5) I. 7, § 86.

Handlung des Berechtigten, noch eine Handlung des Verpflichteten gesetzt wird, sondern eben ein Nicht-handeln Gegenstand des Rechts ist. Man hat dieß umkehren und die Regel des § 78, wonach der Besitz der Rechte nur durch die Ausübung derselben erlangt werden kann, auf solche Rechte einschränken wollen, welche nicht aus Verträgen herrühren, indem diese Regel bei allen persönlichen Rechten unanwendbar sei, da das Gesetz aus Verträgen ohne alle Besitzhandlungen eine Klage gestatte⁶⁾. Allerdings. Aber doch wohl keine Besitzklage? Diese Meinung beruhet auf einer Verwirrung der Begriffe. Wer aus einem Vertrage eine persönliche Klage hat, ist in dem Besitze des Rechts, das er mit dieser Klage sich verschaffen kann, eben so wenig, als derjenige im Besitze der Sache ist, dem die Vindicationsklage wegen dieser Sache zusteht.

Gegen eine Corporation kann der Besitz eines negativen Rechts, oder eines Untersagungs-Rechts nur alsdann erworben werden, wenn kein einziges Mitglied der Besitzergreifung widerspricht, denn jedes einzelne Mitglied kann dieselbe durch seinen Widerspruch hindern⁷⁾. Dagegen soll eine Körperschaft, welche nach ergangenem Verbote eine Handlung unterlassen, oder der Handlung des Besitzergreifenden nicht widersprochen hat, den Mangel der Wissenschaft nicht vorschützen dürfen, sobald das Verbot oder die Handlung zur Kenntniß ihrer Repräsentanten oder Vorsteher gekommen ist⁸⁾. Sie mag sich dann an diese regressiren.

6) Grävell, Besitz u. Verjährung, S. 34.

7) A. E. R. § 92 — 94. h. t.

8) Ebend. § 95.

3) Affirmative Rechte, welche darin bestehen, daß ein Anderer eine Handlung als eine fortdauernde Schuldigkeit leistet, die er an sich zu leisten nicht schuldig ist. Diese Art von Rechten ist dem Deutschen Recht eigenthümlich, und kann mit den Römischen Servituten nicht verglichen werden. Das Körperliche bei der Besitzwerbung besteht in dem Fordern dieser Handlung, als einer fortlaufenden Schuldigkeit, von Seiten des Erwerbenden, und in der wirklichen Leistung derselben von der andern Seite (§ 80). Soll gegen eine Corporation der Besitz eines affirmativen Rechts erworben werden, so muß die Handlung oder Leistung von einem solchen Theile der Corporation geleistet werden, welcher verfassungsmäßig die Gemeinde durch Verträge verpflichten kann⁹⁾. Es ist unklar, was damit eigentlich gemeint ist. Die Bestimmung lautet so:

„So weit die Einwilligung eines Theils der Gemeinde, ihrer Repräsentanten, Vorsteher oder Bevollmächtigten, zur Verpflichtung der ganzen Gemeinde bei Verträgen hinreicht, so weit wird durch die Handlungen und Leistungen dieser Personen auch der Besitz eines affirmativen Rechts gegen die Gemeinde erlangt.“

Sollen diese Handlungen und Leistungen in Folge eines Gemeinde-Beschlusses geschehen; oder ist es hinreichend, wenn der Fordernde sich unmittelbar an die einzelnen Mitglieder wendet? Wäre das Letztere, so würde es sich weiter fragen: ob die einzelnen Mitglieder alle aufgefordert werden müssen und darauf bloß die Mehrheit zu folgen brauche; oder ob es genüge, daß eine gewisse Anzahl, etwa die absolute Mehrheit oder zwei Drittel, herangezogen würden. Nach der Natur der Sache kann die Aufforderung immer nur an die juristi-

9) Ebend. §§ 90. 91.

sche Person (Corporation), nicht an die einzelnen physischen Personen, gerichtet werden, und, dieses vorausgesetzt, können Handlungen und Leistungen der Einzelnen nur in Folge eines verfassungsmäßigen Beschlusses, als von der Corporation ausgegangen, betrachtet werden, weil außerdem der Wille dieser juristischen Person fehlt und nur einzelne physische Personen für sich handeln. Darum ist denn auch der stillschweigende Consensus einer Corporation in der Art, daß die Forderung der Gemeinheit, d. h. den gesetzmäßigen Vorstehern, von dem Fordernden angesagt, und darauf ohne Weiteres von Einzelnen, ohne Widerspruch eines andern Mitgliedes, das Geforderte geleistet wird, undenkbar ¹⁰). Außer dem Falle einer gesetzmäßigen Versammlung und Beschlußnahme giebt es keinen Willen der juristischen Person als solcher, und keinen Widerspruch Einzelner gegen denselben.

Ein Versagungs-Recht, welches nach Grävell (Note § 82) diesem affirmativen Recht gegenüber, vorhanden sein soll, kennt das Allg. Landrecht nicht, und zwar aus dem

10) So denkt sich Wernher in seinen Obs. P. IV no. 217 die Sache, wo er den Satz aufstellt: *Possessio vel quasi juris exigendi operas, contra singulos acquisita, toti universitati haud praejudicat, nisi generalis operarum indictio praecesserit, et reliqua membra non contradixerint*; und zur Begründung der Ausnahme sagt: „Plane aliud dicendum, si totius universitatis consensus ex circumstantiis elici queat. De quo satis constare intelligitur, si operae toti universitati indictae, eademque postea, nemine contradicente, a quibusdam sint praestitae; tum enim adversus omnes possessio acquisita intelligitur.“ „Adversus omnes“ paßt nicht. In der ganzen Stelle ist eine Verwechslung der Besitzergreifung gegen eine Anzahl einzelner Personen und gegen eine einzige juristische Person (Corporation). Eine Corporation als solche kann gar keinen Willen haben, außer dem verfassungsmäßigen Wege, folglich auch nicht stillschweigend consentiren.

Grunde, weil ein solches Recht keine Realität haben kann. Denn in den Fällen, in welchen es erworben werden soll, (nämlich durch Versagung der schuldigen Handlung auf ergangene Aufforderung), erlangt der Versagende kein selbstständiges Recht; weil der Zustand einer Person, wenn sie einer andern nichts schuldig ist, nicht ein besonderes Recht derselben genannt werden, folglich es auch keinen Besitz solches Rechts geben kann. In diesen Fällen ist weiter nichts geschehen, als daß der Andere den Besitz seines affirmativen Rechts verloren hat ¹¹⁾.

§ 12.

Von dem Wollen als zweiter Bedingung der Besitzwerbung.

Nachdem wir den Begriff der Besitzergreifung bestimmt haben, ist die nächste Aufgabe, das Wollen näher zu erörtern, von welchem jene äußere Handlung begleitet sein muß.

Nach Röm. Rechte besteht das Wollen ursprünglich in der Absicht, die besessene Sache als seine eigene zu behandeln (*animus domini*, nicht zu verwechseln mit *opinio domini*). Da dieser *animus* aber bei den Arten des abgeleiteten Besitzes nicht vorkommen kann, so besteht er hier bloß in dem *animus possidendi*, d. h. in dem Wollen, die Sache mit Anerkennung eines andern Eigenthümers zu besitzen.

In derselben Gestalt und mit derselben Modification findet sich auch der *animus* im Allg. Landrecht. Bei dem

11) Doch zeigt sich der Irrthum öfter, daß man einen solchen negativen Zustand ein Recht nennt. Jeder würde darnach eine unzählbare Anzahl von Rechten haben, die Alle zusammen nicht das Geringste werth wären, und auch nicht einmal durch ein Rechtsmittel geltend gemacht werden könnten. Oder soll man denjenigen, der gemahnt wird, wegen seines Rechts, nichts schuldig zu sein, die *actio confessoria* zum Schutz dieses Rechts zuschreiben?

vollständigen Besitz ist es die Absicht, die Sache als seine eigene zu behandeln; bei dem unvollständigen aber: die Sache als eine fremde jedoch für sich zu haben. (S. oben S. 36.)

Bei dem Rechtsbesitz ist der *animus* eben derselbe wie er bei dem Sachbesitz vorkommt; man verwechselt denselben aber gewöhnlich mit dem *Præcarium*, welches davon ganz verschieden ist. Der *animus* kann bei Rechten, nach der Natur der Sache, nur in dem Willen bestehen, ein Recht über eine fremde Sache oder in Beziehung auf eine gewisse Person, aus eigenem Rechte (*suo jure*) auszuüben. Wer also z. B. über einen fremden Acker aus der Ursache fährt, weil der Weg dort nicht fahrbar ist, der begeht gar keine Besitzhandlung, und wenn er es noch so oft wiederholt. „*Vivianus recte ait*, heißt es in der L. 1 § 6 D. de itinere (XLIII. 49): *eum, qui propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, non videri omnino usum.*“ — Eben so wenig begeht Derjenige eine Besitzhandlung, welcher die Handlung in der Meinung ausübt, daß er dazu wegen eines allgemeinen Gebrauchsrechts befugt sei, wie wenn z. B. Jemand eine *via publica* zu gebrauchen vermeint, oder wenn Jemand voraussetzt, der Eigenthümer werde es ihm nicht übel nehmen. In allen diesen Fällen wird eine *juris quasi possessio* gar nicht erworben. Davon durchaus verschieden ist ein fehlerhafter Besitz, denn eine *precaria possessio*, eine *clandestina* oder *violenta possessio* ist eine wirkliche *possessio*, d. h. die zur Erwerbung des Besitzes erforderlichen beiden Requisite (*corpus* und *animus*) sind, wenngleich fehlerhaft, vorhanden und der Besitz hat auch gegen jeden Dritten, außer gegen Denjenigen, von welchem der Besitz auf fehlerhafte Art erworben ist, seine rechtliche Wirkung; in jenen Fällen aber, wo nicht *animo sibi habendi* gehandelt wird, ist durchaus

gar keine *possessio* vorhanden, wenn auch weder *vi*, noch *clam*, noch *precario* die Handlung vorgenommen worden ist. Dieß wird durch folgende Stellen bestätigt:

L. 7 D. de itinere (XLIII. 19). „Si per fundum tuum nec *vi*, nec *clam*, nec *precario* commearit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur non facturum, inutile ei est interdictum de itinere actumque; nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet.“

L. 25 D. quomodo servitutes amittantur. (VIII. 6.)

„Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credit, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.“

Das Allg. Landrecht hat dieses Merkmal auch mehrmals hervorgehoben. In Beziehung auf die affirmativen Rechte heißt es im § 80 h. t.:

„Wer eine Handlung, die ein Anderer als eine fortdauernde Schuldigkeit von ihm gefordert hat, wirklich leistet u. s. w.“

In Hinsicht der negativen Rechte war davon in dem gedruckten Entwurfe noch keine Andeutung gegeben worden. Die cleve-märkische und die Magdeburgische Regierung erinnerten aber, daß aus gleichen Gründen, aus welchen zum Besitze eines affirmativen Rechts erfordert werde, die Handlung müsse als eine fortdauernde Schuldigkeit verlangt worden sein, auch der Besitz eines negativen Rechts erst dann entstehen sollte, wenn die Handlung als ein fortdauerndes Recht unternommen worden. Suarez fand dies Monitum begründet und bemerkte darauf in der *Revisio monitorum*:

„Ad § 58 muß in den Begriff der Besitzergreifung eines negativen Rechts nothwendig mit hinein kommen,

daß der, welcher die Handlung vornimmt, solches in der Meinung thue, sich dadurch eines wirklichen, fort-dauernden Rechts anzumassen, aus eben dem Grunde, aus welchem in dem § 57 die Forderung der Prästa-tion, als einer fort-dauernden Schuldigkeit, zur Be-sitzerwerbung eines affirmativen Rechtes erfordert wird“ 1).

Bei der Umarbeitung wurde daher folgende im § 82 d. Z. enthaltene Bestimmung hinzugefügt:

„Soll jedoch durch dergleichen Handlung der Besitz eines negativen Rechts wirklich erlangt werden, so muß aus der Erklärung des Handelnden, oder aus den Umständen, die Meinung desselben, daß ihm ein solches fort-dauerndes Recht wirklich zustehe, deutlich erhellen.“

In dem § 627 Tit 9 heißt es in Uebereinstimmung hier-mit und mit dem § 7 d. Z.:

„Der Nachweis, daß der Verjährende die Sache oder das Recht als sein eigen in Besitz genommen und besessen habe, ist dazu nothwendig.“

Hierher gehört auch der § 14 Tit. 22, bezüglich auf die Servituten:

„Bei dieser Erwerbungsart muß besonders nachgewie-sen sein, daß die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Ver-günstigung in Besitz genommen worden.“

Diese Stelle ist in Folge der Verwechslung des Mangels eines animus possidendi und des Precariums sehr oft ganz verkehrt und unjuristisch verstanden und ausgelegt worden. Schon die Worte: „nicht vermöge einer bloßen Vergünsti-gung,“ ergeben, daß damit jene Fälle, wo überhaupt die

1) Zeitschr. a. a. D. S. 260 ad § 65; u. S. 266 no. 6.

Absicht auf eine Besitzhandlung gar nicht vorhanden ist, und welchen immer eine Nachsicht, eine Gefälligkeit (Bergünstigung), zum Grunde liegt, keinesweges aber die Fehler des Besitzes gemeint sind, um so weniger, als sonst nur eine Art der Fehler, welche bekanntlich noch aus zwei andern Ursachen als aus der Bergünstigung entstehen können, bezeichnet sein würde. Der § 14 bestimmt also nur Dieses:

die wirkliche Erwerbung der *juris quasi possessio* muß nachgewiesen sein,

und dazu gehört der Nachweis der *Apprehensio* und des *Animus*. Der § 14 will also, wie auch in den angeführten Pandektenstellen geschieht, nur hervorheben, daß das zweite Erforderniß zur Erwerbung des Besitzes, nämlich der *animus possidendi*, außer der Handlung als dem ersten Erforderniß (*corpus*), besonders nachgewiesen werden müsse, wodurch keinesweges der Beweis einer Negative gefordert wird. Der Gegensatz von diesem *animus possidendi* oder *sibi habendi* ist nicht das *Precarium*, welches selbst schon eine Art des wirklichen Besitzes ist, aber nur wegen seiner Fehlerhaftigkeit nicht gegen den Vorbesitzer, wohl aber gegen jeden Dritten, Wirkung hat. Der Gegensatz ist vielmehr die unbestimmte Meinung, es werde die unternommene Handlung wohl erlaubt sein, oder nichts auf sich haben, oder schlimmsten Falls wieder gut zu machen sein, eine Meinung, welche sich auf eine Bergünstigung im allgemeinen oder unbestimmten Sinne, mag sie ausdrücklich bewilligt oder bloß vorausgesetzt oder genommen sein, gründet. — Die praktische Frage aber ist die: wie oder wodurch soll die Absicht, die äußerlich nicht wahrnehmbar ist, bewiesen werden? Mit dieser Frage haben sich die Rechtsgelehrten viel beschäftigt ²⁾.

2) M. s. darüber vorzüglich: *Mevius Decis. Tom. II. P. IX. decis. 165.* — *Gensler u. Mittermaier Archiv Bd. IV. S. 83.*

Das Meiste davon ist ohne allen Werth, weil die mehrerwähnte Verwirrung verschiedener Begriffe zu Grunde liegt. Mehrere reden von Vermuthungen, die näher betrachtet practisch nicht brauchbar, oder eigentlich keine Vermuthungen sind. In der That hat dieser Beweis bei dem Rechtsbesitz gar nichts Eigenthümliches: denn der Beweis des animus hat hier keine größere Schwierigkeit als bei dem Sachbesitz. Wer eine Sache in seine Gewahrsam nimmt, ist in dieser Hinsicht in keiner andern Lage, als derjenige, welcher auf einem fremden Grundstücke eine Handlung vornimmt. Wer die Erwerbung des Eigenthums durch Ersitzung darthun will, muß auch den animus possidendi nachweisen. Diesen Beweis führt der Inhaber zunächst durch seine eigene Erklärung, eben weil der animus lediglich Sache seiner willkürlichen Entschliesung ist, und die Umstände müssen, im Mangel directer Beweise und ausdrücklicher Erklärung, ergeben: ob diese Absicht schon zu der Zeit, wo diejenigen Handlungen vorgetallen sind, durch welche der Rechtsbesitz erworben worden sein soll, vorhanden gewesen ist oder nicht, nicht anders, als es auch bei der Besitzergreifung einer körperlichen Sache der Fall ist. Dieß meinten auch die cleve-märkische und die Magdeburgische Regierung in ihren vorhin erwähnten Erinnerungen, indem sie bemerkten, daß es aus der Beschaffenheit der Handlung und aus den Umständen deutlich erhellen müsse: ob sie als ein fortdauerndes Recht unternommen worden³⁾; und nach dieser Bemerkung ist die Bestimmung des § 82 dahin gefaßt worden: „Soll durch dergleichen Handlung der Besitz — erlangt werden, so muß aus der Erklärung des Handelnden, oder aus den Umständen die Meinung desselben — deutlich erhellen“⁴⁾.

3) Zeitschrift a. a. O. S. 252 mon. I. ad § 58.

4) Diese Ansichten hat auch der II. Senat des Ober-Landsgesichts zu Breslau auf den amtlichen Vortrag des Verf. angenommen. M. f. Schles. Archiv Bd. I. no. 38 S. 526 u. fig.

Da es, wie wir sehen, auf einen Willen bei Erwerbung des Besitzes ankommt, so ergibt sich, daß solche Personen, die überhaupt nicht wollen, oder ihren Willen nicht erklären können, den Besitz durch sich selbst zu erwerben unfähig sind, und daß eben so wenig der Besitz an einer Sache erworben werden kann, deren man sich nicht bewußt ist.

I. Was diese Personen betrifft, so erkennt das Allg. Landrecht diesen Satz buchstäblich an, indem es im § 44. d. T. bestimmt:

„So weit Jemand seinen Willen zu erklären unfähig ist, so weit kann er durch sich selbst keinen Besitz erlangen.“

Unbestritten sind darnach unfähig Besitz zu erwerben:

- 1) juristische Personen, wenn sie nicht aus physischen bestehen ⁵⁾;
- 2) Kinder, Rasende, Wahnsinnige, höchst Betrunkene und Andere, welche durch heftige Leidenschaften des Vernunftgebrauches beraubt sind ⁶⁾. Bei Kindern war dieß unter den Lehrern des gemeinen Rechts wegen eines Rescripts im Codex ⁷⁾ zweifelhaft.

Dagegen bedarf die Sache einer näheren Erörterung:

- 1) Bei solchen juristischen Personen, welche durch physische constituirt werden, also bei Corporationen.

5) L. 1. § 15 D. si is, qui testamento liber. (XLVII. 4.)

6) I. 4, § 20, 23, 28 und 29. — L. 1 § 3, L. 18 § 1. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2). — L. 26 C. de donat. (VIII. 54.)

7) L. 3 C. de poss. (VII. 32.) Ueber die Interpretation dieser Stelle s. m. vorzugsweise v. Savigny, Besitz, 6e Aufl. S. 289 u. folg., u. Puchta im Rhein. Museum, Bd. V. S. 33—64.

Im Röm. Recht wird diesen ebenfalls die Fähigkeit, einen Willen zu äußern, und also auch Besitz zu erwerben, abgesprochen⁸⁾.

In dem Allg. Landrecht wird aber die unmittelbare Erwerbung des Besitzes bei diesen Corporationen vorausgesetzt, indem dasselbe von dem Fall, wo eine Corporation oder Gemeinde einen Besitz erwirbt, im besondern Gegensatz zu dem Fall spricht, wo die Erwerbung durch die Vorsteher oder Beamten geschehen. Es heißt nämlich:

§ 26. „Wenn eine Corporation oder Gemeinde einen Besitz erwirbt, so hängt die Redlichkeit oder Unredlichkeit derselben davon ab, je nachdem die Mehrheit der Mitglieder, bei der Erwerbung des Besitzes, redlich oder unrechtfertig zu Werke gegangen ist. (§ 10—15.)“

§ 34. „Ist die Erwerbung des Besitzes nur durch die Vorsteher oder Beamten der Gemeinde geschehen, so wird die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes der Gemeinde selbst nach den Vorschriften § 21 und 22 beurtheilt.“

Es fragt sich, wie man sich den Fall zu denken hat, wo die Gemeinde durch sich selbst den Besitz soll erwerben können. Die Sache ist auf keine andere Weise zu bewerkstelligen, als daß zuvor ein verfassungsmäßiger Beschluß gefaßt wird: daß der Besitz ergriffen werden solle; denn außerdem fehlt der Wille (animus) der juristischen Person als solcher. Durch ein zufälliges Zusammenkommen auch sämtlicher

8) *Municipes per se nihil possidere possunt, quia uni possidere non possunt. L. 1, § 22, D. de poss. Aber durch Stellvertreter können sie Besitz erwerben. „... id (possidere posse) eis et per servum et per liberam personam adquiratur.“ L. 2 ib.*

Mitglieder, ohne eine verfassungsmäßige Beschlußnahme, wird die von ihnen etwa vorgenommene Handlung nicht die Handlung der juristischen Person als solcher, sondern sie ist eine von mehreren Einzelnen gemeinschaftlich vollzogene Handlung. Durch einen auf gehörige Weise gefaßten Beschluß wird jedoch immer nur der animus der juristischen Person durch sie selbst gefaßt; die körperliche Handlung, die Besitzergreifung, kann durch sie selbst nicht geschehen, in sofern nicht Alle zugleich die nämliche Sache ergreifen können, sondern Diejenigen, welche nach dem Beschlusse die Besitzhandlung vollziehen, sind Stellvertreter der juristischen Person⁹⁾.

Hiernach wäre der in der juristischen Zeitung¹⁰⁾ mitgetheilte Fall zu entscheiden gewesen, wo das Publicum einer Stadt sich des offenen Thors unter einem Kirchthurm zum Durchgang bedient hatte, und, als derselbe abgetragen und der Platz von dem Kirchen-Collegium umzäunt worden war, der Magistrat Namens der Stadtgemeinde in possessorio um Schutz im Besitz des Durchgangs klagte. Der Erste Senat eines nicht genannten Ober-Landesgerichts erkannte unterm 8. December 1835 auch wirklich auf diesen Schutz; und über den Beweis der Erwerbung des Besitzes für die Stadtgemeinde heißt es in den Gründen so: „Als die Kirche noch existirte, hat das Publicum das unter dem Thurme befindliche Thor zum Durchgange benutzt, und eben so nach Abbrechung der Kirchhofs-Mauern der Räume sich als eines öffentlichen Weges bedient. Dadurch hat aber allerdings die Stadtgemeinde sich im Besitze des Rechts, diesen fremden Grund und Boden als Weg zu benutzen, also eines juris in re aliena befunden. Der Ver-

9) Vergl. Simon und v. Strampff Rechtsprüche Bd. IV. S. 228. — Zeitschrift für österreichische Rechtsgel. Jahrgang 1836. Februar.

10) Jahrg. 1836, Spalte 466.

klagte glaubt zwar, daß weil nur Derjenige Besitzer eines Rechts sei, der solches für sich selbst ausübt, die Stadtgemeinde (in corpore) aber niemals, sondern doch immer nur Einzelne aus dem Publicum, sich jenes Durchganges und Weges bedient hätten, die Stadtgemeinde gar nicht den Besitz einer solchen Wegegerechtigkeit habe erlangt, und sich gar nicht im Besitze derselben habe befinden können. Allein diese Ansicht ist nicht richtig. Auch durch die Handlungen Einzelner (wenn sie auch nicht Repräsentanten oder Vorsteher sind) kann eine Gemeinde den Besitz eines Rechts erlangen und fortsetzen, wenn jene als Gemeindeglieder und nicht vermöge eines eigenen Rechts, nicht in der Absicht, ein solches ihnen für ihre Person zustehendes Recht auszuüben, auch nicht etwa auf Grund einer ihnen persönlich zugestandenem Vergünstigung gehandelt haben. Des Durchganges und Weges qu. hat sich nun aber Jeder aus dem Publicum, der in die Lage kam, davon Gebrauch machen zu können, beliebig bedient, und zwar augenscheinlich nicht als eines ihm für seine Person, sondern als eines dem Publicum überhaupt, also der ganzen Stadtgemeinde zustehenden Rechts. — Der Beklagte bestreitet zwar ferner, daß das Publicum sich des Weges in der Meinung und Absicht, dadurch ein Recht auszuüben, bedient habe, indem jener Durchgang zunächst für die Kirchengänger bestimmt, der Gebrauch von Seiten des übrigen Publicums nur tolerirt gewesen sei; er scheint also behaupten zu wollen, daß der Besitz der Stadtgemeinde nur *prefair*, mithin fehlerhaft gewesen sei.“ Nun wird von den Vermuthungen für und wider das *Prefarium* geredet, und dann weiter fortgefahren: „Wenn nun aber auch hiernach dem Verklagten, in sofern er behaupten will, daß der Stadtgemeinde (dem Publicum) der Gebrauch des Durchganges nur *precario* gestattet sei, die gesetzliche Vermuthung entgegensteht; so folgt daraus und aus dem factischen Gebrauch — allerdings noch nicht, daß die Stadtgemeinde sich im Besitze des Rechts befunden

habe. Denn wer eine Handlung, welcher der Andere widersprechen konnte, ohne dessen Widerspruch unternimmt, erlangt den Besitz eines negativen Rechts nur dann, wenn aus der Erklärung des Handelnden oder aus den Umständen die Meinung desselben, daß ihm ein solches Recht zustehe, erhellet. Unter solchen Umständen hat sich nun aber unzweifelhaft das Publicum des qu. Durchganges bedient. Dieses ergibt sich schon daraus, daß Jeder aus dem Publicum sich desselben beliebig und augenscheinlich mit der Absicht, auch bei künftig wieder vorkommender Gelegenheit davon wieder Gebrauch zu machen, bedient hat u. s. w.“ — Wir setzen diese Stelle hierher, um zu zeigen, welche merkwürdige Unklarheit und Verwirrung in den einfachsten Begriffen aus der Lehre vom Besitz unter den Praktikern anzutreffen ist. Von dem Erforderniß des Willens zur Erwerbung des Besitzes findet sich keine Spur, mithin ist auch nicht die Frage danach: wie denn in diesem Fall hier die Stadtgemeinde als juristische Person die Absicht, Besitz zu erwerben, gefaßt haben soll. Alsdann wird ein Ding, das gar keine Person ist, das Publicum, mit der Stadtgemeinde für gleichbedeutend gehalten. Das Publicum soll hier die Gemeinde vertreten, das Recht ausgeübt haben. Ferner soll jeder Einzelne für eine Gemeinde Besitz und Rechte ohne Weiteres erwerben können. Wie dieses zugehen soll, wird zu beweisen nicht für nöthig gehalten. Endlich ist die Verneinung des Beklagten: „daß das Publicum sich des Durchganges in der Meinung und Absicht, dadurch ein Recht auszuüben, bedient habe,“ gar nicht verstanden worden. Hierdurch ist eben der animus possidendi, den der Kläger nachweisen mußte, bestritten worden. (Oben S. 154.) Der Richter versteht aber etwas ganz Anderes, nämlich den Einwand der Fehlerhaftigkeit des Besitzes, welcher Einwand das Dasein der sonstigen Erfordernisse des Besitzes voraussetzt. „Der Beklagte scheint behaupten zu wollen, sagt er, daß der Besitz der Stadtgemeinde nur prefair, mithin fehlerhaft gewesen sei.“

2) Bei Unmündigen und Blödsinnigen.

Nach Röm. Recht soll bei Pupillen in jedem gegebenen Fall darauf gesehen werden, ob der Pupill so weit ausgebildet ist, um den Erwerb begreifen und ernstlich wollen zu können.

Das Allg. Landrecht scheint dasselbe zu meinen, wenn es in dem vorhin angeführten § 44 h. t. verordnet:

„So weit Jemand seinen Willen zu erklären unfähig ist, so weit kann er ic.“

Aber es läßt sich allerdings fragen:

welche Unfähigkeit zur Willenserklärung gemeint sei: ob die bloß physische, oder die juristische.

Ist Erstere gemeint, so stimmt das Allg. Landrecht mit dem Röm. Recht völlig überein; ist Letztere gemeint, so müssen wir auf I., 4, § 21 zurückgehen, wo es heißt:

„Willenserklärungen der Unmündigen, welche das 14. Jahr noch nicht zurückgelegt haben, sind nur in sofern gültig, als sie sich dadurch einen Vortheil erwerben.“

Dieser Zweifel wird sich aus den Parallel= Stellen des Röm. Rechts heben lassen.

In der Lehre vom Besitz verlangt dasselbe bloß die physische Fähigkeit, einen Willen haben, begreifen und erklären zu können, weil der Besitz selbst ein bloß factisches Verhältniß ist ¹¹⁾.

Dagegen hat es dieselbe Verordnung, welche in dem

11) „... Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: eam enim rem facti, non juris esse: quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant.“ L., I, § 3 de poss. (XLI. 2.)

§ 21, Tit. 4 des Allg. Landrechts enthalten, wenn von Rechtsgeschäften die Rede ist ¹²⁾).

Hiernach ließe sich die richtige Erklärung des § 44 h. t. leicht finden, wenn es unbedenklich wäre, daß im Allg. Landrecht derselbe Begriff des Besizes vorausgesetzt würde, wie er im Röm. Recht Statt findet. Aber diese Bedenklichkeit ist hierbei ohne Grund. Denn der Preussische Gesetzgeber hat sich den Besiz ebenfalls ursprünglich als ein bloßes Factum gedacht, und zwar so, wie er in der Theorie des gemeinen Rechts bis auf die neueste Zeit dargestellt ist, der auch die Vermischung der Begriffe von Recht und Factum eigen ist. Diese Theorie will gleichwohl keinen andern Besiz darstellen, als den Römischen selbst, und daraus folgt, daß sie die, aus den Grundideen folgenden, Regeln gelten läßt. Der Preussische Gesetzgeber hat auch keine willkürliche Abänderung der Grundbegriffe beabsichtigt, und daher findet auch noch derselbe Grundsatz statt, aus welchem beim Besizerwerb bloß auf die physische Willensfähigkeit, bei Rechtsgeschäften aber auf juristische gesehen wird. Folglich ist die Erklärung des § 44 h. t. aus dem Röm. Recht völlig begründet. Wollte man aber hiergegen auch Zweifel erregen, so wäre damit der aufgestellte Satz:

daß jeder ohne Ausnahme, also auch der Unmündige u. c., welcher nur die physische Fähigkeit hat, ein Wollen haben, begreifen und erklären zu können, Besiz erwerben könne,

noch nicht angefochten. Es läßt sich vielmehr behaupten: daß dieser Satz sich gerade aus dem § 21 Tit. 4, Th. I. des Allg. Landrechts — wenn man die versuchte Erklärung

12) Pupillus omne negotium recte gerit: ita tamen, ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: veluti si ipse obligetur, nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. § 9, I. de inut. stipul.

des § 44 h. t. nicht gelten lassen will — rechtfertigt. Die Willenserklärungen der genannten Unfähigen sollen nämlich gültig sein, wenn sie sich dadurch einen Vortheil erwerben. Mit der Erwerbung des Besitzes aber sind bloß und nur allein Vortheile, nie Nachtheil und Verpflichtungen verbunden. Denn was die Letztern betrifft: so existiren keine, welche nicht schon mit der bloßen Gewahrsam verbunden wären und erst wirklichen Besitz voraussetzten. Gewahrsam aber läßt sich bei solchen Personen nicht wegdenken, also auch nicht die damit von selbst verbundenen Verpflichtungen. Wenn aber aus dem Besitze mehr Rechte folgen, als mit der Gewahrsam verbunden sind, ohne daß darum mehr Verpflichtungen auferlegt werden: so leuchtet ein, daß durch den Besitz nur Vortheile erworben werden können. Daß dieses der Sinn der Bestimmung des § 44 auch wirklich sein soll, ergeben die Materialien. In dem gedruckten Entwurfe fehlt dieser § noch. Dagegen wurde monirt:

1. daß die Fassung unvollständig sei, welche dahin vorgeschlagen wurde:

„Zur Besitzergreifung gehört der Vorsatz, Besitzer werden zu wollen, und zugleich eine Handlung, die mit diesem Vorsatz übereinstimmt.“

„Wer einen Willen haben kann, der kann auch einen Besitz ergreifen, wenn er auch sonst zu Verträgen unfähig war.“

Dazu bemerkte G o ß l e r :

„Die vorgeschlagene Fassung hat wenig Verdienst. Zur Besitzergreifung gehört nicht der Vorsatz, Besitzer werden zu wollen, sondern der Vorsatz, die Sache eigen zu haben. Auch kann Niemand den Besitz ergreifen, der nicht die Fähigkeit hat, sich etwas zu erwerben.“

2. Ein anderer Monent bemerkte:

„Kinder unter 14 Jahren haben eigentlich noch keinen Willen im rechtlichen Verstande, sie können aber nach bisherigen Grundsätzen den Besitz erwerben, z. B. wenn ihnen etwas geschenkt und das Geschenke gleich überreicht wird. Damit stimmt auch die Vorschrift Tit. I. § 22 überein, und in so weit wird eine Ausnahme gemacht werden müssen.“

Dazu äußerte Gößler:

„Der Monent vermischt die Detention mit dem Besitz, und die Fähigkeit zum Besitz mit der Fähigkeit zum Erwerb. Kinder sind der Detention und des Erwerbs fähig, aber nicht des Besitzes im rechtlichen Sinne“¹³⁾.

Suarez fand sich hierdurch veranlaßt, bei der Umarbeitung des Entwurfs den § 44 einzuschalten und motivirte denselben durch folgende Bemerkung:

„Der § 44 ist eine bloße Folge zu § 43. Ich habe inzwischen solchen hingesezt, weil einige Monenten fragen: wie weit ein Kind, ein Furiosus et mente captus, Besitz erlangen könne oder nicht“¹⁴⁾.

Hiernach hat man nur die physische Unfähigkeit im Sinne gehabt.

II. Was die Sache betrifft, so muß das Wollen, dessen Begriff wir bisher zu bestimmen versucht haben, auf einen bestimmt begrenzten Gegenstand gerichtet sein. In dieser Beziehung bestimmt der § 43:

„Niemand kann ohne oder wider seinen Willen wirklicher Besitzer einer Sache werden, wenn gleich dieselbe in seiner Gewarsam sich befindet.“

Dahin gehört der Fall, wenn Jemand nicht weiß, daß er eine Sache in Gewarsam hat. So wird z. B. ein Schatz

13) Zeitschrift a. a. D. S. 230.

14) Ebend. S. 233.

nicht besessen, dessen Dasein der Besitzer des Grundstücks nicht kennt. Eine nähere Betrachtung erfordert die ebenfalls hierher gehörige Frage; wie an einem einzelnen Theile eines Ganzen Besitz erworben werden könne. Der Besitz eines solchen einzelnen Theils kann so gedacht werden, daß er als Theil allein und für sich neben den übrigen besessen wird (*Compossessio*), oder daß er durch das Ganze selbst zugleich, noch als ein besonderes, mit besessen werden soll.

Im Röm. Recht finden sich Anwendungen beider Fälle.

Im ersten Fall ist das Ganze

- a) entweder eine Sache, die physisch theilbar, auch reell getheilt, und wobei der Begriff des Ganzen nur willkürlich ist, wie bei Aekern, wo von den willkürlich angenommenen Theilen jeder als Ganzes für sich behandelt und besessen werden kann.

\ Hier hat die Besitzerwerbung des einzelnen Theils keine Schwierigkeit, und dieser Fall kann eigentlich nicht *Compossessio* genannt werden.

- b. Oder eine Sache die physisch untheilbar, oder zwar theilbar ist aber doch *pro indivisa* besessen wird. Dieß ist der Fall der eigentlich s. g. *Compossessio*, wovon in § 8 die Rede gewesen ist. Dort ist auch schon die Möglichkeit des Besitzes eines einzelnen Theils erörtert. Dabei wird aber vorausgesetzt, daß der Umfang des einzelnen Theils, also sein Verhältniß zum Ganzen, oder die Quote namentlich genau bestimmt und bekannt ist. Auf diese Quote nun muß der *Animus*, von welchem hier die Rede ist, gerichtet sein bei der Besitzergreifung, wodurch dann der Besitz dessen, was als Gegenstand gedacht wird, wirklich erworben wird.

So ist es in Bezug auf Mitbesitz zu verstehen, wenn der § 46 h. t. verordnet:

„Zur Besitznehmung gehört nothwendig, daß der Gegenstand derselben, er sei Sache oder Recht, genau bestimmt worden;“

und so findet die Disposition des § 666, Tit. 9, Th. I. verbi:

„doch erstreckt sich dieses (durch Verjährung erworbene) Eigenthum niemals weiter, als der Besitz selbst gegangen ist,“

ihre practische Bedeutung ¹⁵).

Nur diese beiden Fälle kennt das Röm. Recht, wo die Erwerbung des Besitzes eines einzelnen Theils für sich ohne das Ganze möglich ist. Dem Allgem. Landrecht ist aber noch ein anderer bekannt, der wieder eine consequente Folge eines andern allgemeinen Grundsatzes ist.

Nach Röm. Recht nämlich ist es unmöglich, daß z. B. Jemand an einzelnen Steinen in einer Mauer oder dergleichen als solchen Besitz haben kann, so lange die Mauer selbst besteht, d. h. die Verbindung der Steine mit dem Ganzen fortbauert. Der Grund davon liegt in der physischen Unmöglichkeit, uns solches einzelnen Theils eines Ganzen als einer einzelnen Sache für sich, bewußt zu werden; also in der Unmöglichkeit eines Animus possidendi bei ihr.

Daß das Allgem. Landrecht ebenfalls an solchem Theil eines Ganzen, wo die Unmöglichkeit eines eignen Besitzes, wie bei den Steinen der Mauer, eine physische ist, keinen Besitz annimmt, ist wol außer Zweifel. Aber nach Röm. Recht ist ein solcher Besitz auch aus juristischen Gründen unmöglich.

15) Es versteht sich übrigens, daß Rechte, wovon sich einzelne Theile auch nicht einmal juristisch denken lassen, auch nicht im Mitbesitz Mehrerer sein können, sondern daß, wenn es Mehrern zusteht, jeder dasselbe als ein Ganzes und eignes Recht für sich besitzen kann, folglich dieser Fall gar nicht hierher gehört. Ein Beispiel ist die Wegegerechtigkeit.

Daher kann die Superficies ohne den Boden, und umgekehrt, unmöglich Gegenstand des Besitzes sein ¹⁶⁾). Dieß ist eine natürliche Folge des durchgreifenden Grundsatzes: *semper superficies solo cedit*; und daß nur Dasjenige Gegenstand des Besitzes sein kann, was besonderer Gegenstand des Eigenthums ist. Hiervon muß nothwendig das Allgem. Landrecht abweichen, vermöge seines eigenthümlichen Grundsatzes:

daß die Superficies von ihrer Entstehung an ein Eigenthum dessen werde, der solche, abgesehen vom Eigenthum des Grund und Bodens, zu ziehen das Recht hat.

Es nimmt also verschiedene Eigenthümer am Grund und Boden, und an dem, was darauf sich befindet, an. Folglich ist auch an jedem von beiden Gegenständen ein besonderer Besitz möglich.

Eine Voraussetzung dieses Grundsatzes findet sich bei dem § 98, Tit. 9, Th. I. und § 199, Tit. 22, Th. I., an welcher letztern Stelle es heißt:

„Erhellet aber, wem die Bäume eines Waldes gehören; und ist nur das Eigenthum über Grund und Boden streitig: so gilt die Vermuthung für den Eigenthümer der Bäume.“

Bisher ist von demjenigen der oben angedeuteten beiden Fälle die Rede gewesen, wo der Besitz eines Theils vom Ganzen, besonders von diesem, erworben werden sollte. Jetzt kommen wir zu dem zweiten Fall, wo nämlich durch den Besitz des Ganzen auch der Besitz der darin enthaltenen Theile, als einzelner Sachen für sich, erworben werden soll.

16) . . . Sic in tradendo si quis dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret. L. 44. § 1 de O. et A.

Ob ein besonderer Besitz der einzelnen Theile eines Ganzen in demselben und durch dasselbe Statt findet oder nicht: dieß ist von besonderer practischer Wichtigkeit bei der Verjährung. Wenn z. B. Jemand einen Ring von einem *bonae fidei possessor* gekauft hätte, wovon der Stein, der darin gefaßt sich befindet, gestohlen wäre von eben diesem Verkäufer, so wären die Folgen nach der Beantwortung obiger Frage verschieden. Würde nämlich der Stein in diesem Ringe durch denselben als eine besondere einzelne Sache für sich besessen, so könnte er nicht in gewöhnlicher Zeit durch Verjährung erworben werden; fände aber bloß ein Besitz am Ganzen Statt, so richtet sich die Erwerbung durch Verjährung nach diesem Besitz am Ganzen, und die Verjährung auch des gestohlenen Steins wäre in unserm Fall in der gewöhnlichen Frist möglich.

Noch wichtiger und interessanter wird die Anwendung des Grundsatzes bei Pertinenzstücken und andern Theilen unbeweglicher Grundstücke und andern Inbegriffen von Sachen.

Das Allgem. Landrecht giebt keinen Grundsatz an, aus welchem sich diese Frage entscheiden ließe, und es muß daher wohl die Ansicht des Röm. Rechts, da sie aus keinem eigenthümlichen, dem Allgem. Landrecht sonst fremden Prinzip, sondern nur aus der Natur des Besitzes hervorgeht, angenommen werden. Danach ist ein solcher Besitz an einem Theil als einer besondern Sache in dem Ganzen und durch dasselbe unmöglich¹⁷⁾.

17) *Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas aedes, possidere: nam si singulas res possidere intelligitur, ipsas aedes non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit: accidit eo quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit, dicat, in possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se captu-*

Die in der eben angeführten Beweisstelle erwähnte Absurdität fiel zwar bei uns weg, da zur Verjährung beweglicher Sachen dieselbe Zeit, wie bei unbeweglichen nach dem Allgem. Landrecht erforderlich ist; aber außerdem giebt es noch viele andere Beziehungen, in welchen der Satz von practischer Wichtigkeit ist¹⁸⁾.

§ 13.

Von der Rechtlichkeit der Besitzergreifung.

Es ist noch übrig, die dritte Bedingung der Besitzerwerbung, d. i. die Rechtlichkeit, welche die Apprehension begleiten soll, näher zu erörtern.

Der Begriff dieses Erfordernisses ist ein negativer, und besteht in dem Mangel jeder Widerrechtlichkeit bei der Besitzergreifung. Dieser Mangel ist so wesentlich, daß ohne ihn keine Besitzerwerbung möglich ist. Einzelne Anwendungen dieses Grundsatzes sind folgende:

rum esse ampliori (tempore); quod absurdum, et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur: ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessione temporis immobilium rerum dominium mutet. L. 23 pr. de usurp. — v. Savigny, Besitz, 6. Aufl. S. 297 und flg. Sinentis über Besitz und Erfindung verbundener Sachen (Archiv für die civil. Praxis, Bd. XX. S. 75 und flg., Heidelberg, 1837). Dazu v. Savigny in der Einleitung 6. Aufl. S. LXVII.

- 18) Als Beispiel der Fall in L. 23, § 7, de rei vind.: . . Si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit, domum vindicare poterit

Kämen die Materialien in diesem Hause zugleich als besondere Sachen für sich in Betracht, so könnte auch das Haus nicht vindicirt werden. Denn damit würden zugleich auch die einzelnen fremden, für sich in Betrachtung kommenden Sachen vindicirt werden wollen, was nicht möglich ist.

1) Beseffene Sachen können nur durch Uebergabe in Besitz erworben werden; und dazu gehört die Erledigung des bisherigen Besitzes zum Vortheil des Erwerbenden¹⁾. Diese Erledigung kann geschehen:

a) durch des bisherigen Besitzers Willen²⁾, der ganz formlos und auch stillschweigend erklärt werden kann. Suarez wollte auch hier eine formelle Erklärung vorschreiben und schlug folgende Bestimmung vor:

„Jede der Form nach rechtsgültige Willenserklärung des bisherigen Besitzers ist hinreichend, den Besitz einer Sache zum Vortheil eines Andern zu erledigen, in sofern dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen. (Tit. 5. § 133).“

Zur Motivirung derselben bemerkte er:

„Ad. § 33 (59) ist schon Tit. 5. § 131 (§ 133) angenommen, daß auch bloß einseitige Willenserklärungen, in sofern ihre Folgen sich auf die Zukunft hinaus erstrecken sollen, bei Objecten über 50 Thlr. schriftlich abgegeben werden müssen. Darauf wird hier Bezug zu nehmen sein.“

Es wurde jedoch concludirt: „Der Text bleibt.“

Dieser bestimmt nun im § 59:

„Die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers ist hinreichend, den Besitz einer Sache zum Vortheile eines Andern zu erledigen; in sofern dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen.“

Es ist zu bemerken, daß nun zwischen dieser Bestimmung und den sich auf die *brevi manu traditio* und

1) Allgem. Landrecht I. 7, § 58.

2) Zeitschrift a. a. O. S. 246.

daß *constitutatum possessorium* sich beziehenden §§ 70. 71 keine Uebereinstimmung ist, indem in den letztern eine formell rechtsbeständige Erklärung bei diesen beiden Formen der Uebergabe vorgeschrieben ist. Diese §§ sind erst bei der Umarbeitung des gedruckten Entwurfs hinzu gekommen.

b) Durch richterliche Verfügung ³⁾).

2) Nichtbeseffene Sachen (*res nullius*) können nur dann ergriffen werden, wenn sie sich der Staat nicht vorbehalten hat ⁴⁾, und wenn ein Anderer, welcher selbst ein *jus in re* oder *ad rem* an der Sache hat, die Besitzergreifung nicht untersagt ⁵⁾).

3) Wer einen Andern in der Besitzergreifung durch unerlaubte Handlungen stört, oder denselben, um ihn an der Besitzergreifung zu hindern, in seiner Freiheit zu handeln, ohne Recht einschränkt: der kann selbst die Sache nicht in Besitz nehmen ⁶⁾).

4) Durch Gewalt, List, Betrug, heimlich und bittweise kann kein Besitz erworben werden ⁷⁾).

Für heimlich gelten aber solche Handlungen nicht, welche dem Andern durch seine eigene, oder durch seiner Stellvertreter Sorglosigkeit und Unachtsamkeit unbekannt geblieben ⁸⁾; und es muß nach den Umständen beurtheilt werden, welche Handlungen für heimlich zu halten ⁹⁾).

3) § 59 h. t. Ueber die *Possessio vacua* f. v. Savigny, a. a. D. S. 203.

4) II. 16, § 7.

5) I. 7, § 57 und I. 9, § 11.

6) Allgem. Landrecht I 9, § 12 und 13.

7) I. 7, § 96 und 108.

8) § 99 ib. (unten § 22).

9) § 100 ib.

- 5) Bei der Besitzergreifung eines negativen Rechts muß der, gegen den sie geschieht, nicht widersprechen¹⁰⁾, und wenn dieser eine Gemeinde ist, so muß auch nicht Eins ihrer Mitglieder widersprechen¹¹⁾. Eben so müssen,
- 6) wenn ein Untersagungs-Recht gegen eine Gemeinde

10) § 83. ib. Grävell behauptet, daß der bloße Widerspruch die Besitzergreifung doch nicht hindere. „Denn“ — heißt es — „wenn der geäußerten Unzufriedenheit ungeachtet, der Gegentheil die unternommene Handlung fortsetzt, vollführt, und wiederholt; so befindet er sich in der Gewahrsam dieses Rechts (§ 4) ganz unleugbar, mithin auch im Besitze, sobald die Absicht, jenes Recht für sich auszuüben vorhanden ist (§ 5).“

Dies ist eine *petitio principii*. Denn wäre der Schluß richtig, so wäre kein Grund denkbar, warum der Räuber, der Dieb, der *precario rogans* nicht auch Besitz haben sollte, was Grävell doch selbst ableugnet (zu § 122.) Die von Grävell für seine Meinung angeführten §§ 611 und 612 Tit. 11. Th. I. des Allgem. Landrechts, welche von der Unterbrechung des erworbenen, nicht von der Erwerbung eines neuen Besitzes reden, widerlegen dieselbe vielmehr. „Daß in diesen Stellen, wird deducirt, nur von der Unterbrechung des erworbenen, nicht von Erwerbung eines neuen Besitzes die Rede ist, macht keinen Unterschied, weil dem Recht des Einen immer das Recht des Andern gegenüber steht: mithin der Widersprechende sein affirmatives oder Untersagungs-Recht verloren hat, sobald der Andere das entgegenstehende Versagungs- oder Negativ-Recht für sich ausübt.“ Für unsern Zweck können wir dieß zugeben. Es folgt daraus aber weiter nichts, als daß der Widersprechende den Besitz des Untersagungs-Rechts verloren hat, wenn der Andere das entgegenstehende negative Recht für sich ausübt; aber es folgt nicht, daß dieser andere nun selbst den Besitz des negativen Rechts erworben habe. Hat doch der Räuber auch nicht den Besitz der geraubten Sache, wie wohl der Beraubte die Sache ebenfalls nicht besitzt.

11) § 93 und 94 ib.

erworben werden soll, alle Mitglieder dem Verbote Folge leisten¹²⁾).

§ 14.

Von der Erwerbung durch Stellvertreter.

Die Bedingungen der eigenen Erwerbung des Besitzes stehen jetzt fest; es ist nun die Anwendung der Regeln auf den Erwerb durch Andere zu untersuchen.

Im Allgem. Landrecht findet sich darüber weiter keine ausdrückliche Bestimmung als der § 45 d. L.:

„Nur insofern Rechte durch die Verträge eines Andern erlangt werden können, kann auch der Besitz durch die Handlungen eines Andern erworben werden.“

Specielle Regeln sind nicht gegeben, dieselben müssen daher aus den sich findenden Anwendungen und aus der Natur des Besitzes gezogen werden. Was

- 1) den Repräsentanten selbst betrifft, so versteht sich von selbst, und es wird nur des Zusammenhanges wegen aus dem Römischen Rechte bemerkt, daß derselbe die Apprehension eben so vornehmen und eben denselben animus possidendi haben muß, als wenn er für sich den Besitz erwerben wollte; letztern aber mit dem Unterschiede, daß er nicht für sich, sondern für seinen Mandanten besitzen wolle. Hätte er den Willen für sich, oder für einen Andern, so ist auch nach den Grundsätzen des Allgem. Landrechts, wie nach Röm. Rechte, anzunehmen, daß dann der Besitz für den Mandanten nicht erworben wird, jedoch mit derselben Ausnahme, welche nach Röm. Rechte bei der Tradition stattfindet. Hier entscheidet nämlich der Wille des Tradirenden, so daß nach dessen Absicht dem Repräsentirten der Besitz erworben wird, selbst wenn der

12) § 92 und 94 ib.

Repräsentant für sich selbst oder für einen Dritten zu erwerben beabsichtigt¹⁾).

Auf die Beschaffenheit des Glaubens des Stellvertreters kommt aber Nichts an, daher dessen Redlichkeit oder Unredlichkeit dem Mandanten nicht hilft oder schadet²⁾. Wer übrigens überhaupt nicht Wollen kann, kann natürlich auch so wenig für Andere, als für sich selbst Besitz erwerben.

- 2) Den Repräsentirten betreffend, so muß nach gemeinem Rechte dieser selbst die Erwerbung des Besitzes gewollt haben. In den mehrsten Fällen wird sich dieses Wollen von selbst verstehen, da ohne dasselbe die mehrsten Verhältnisse einer Stellvertretung nicht entstehen können; aber es kommen viele Fälle vor, wo ein solches Verhältniß nicht vorher besonders verabredet wird. Die wichtigste Quelle für diese Fälle, das Sklaven-Verhältniß, ist nicht mehr vorhanden; aber es können aus der väterlichen Gewalt, so wie sie jetzt ist, dergleichen Fälle noch ihren Entstehungsgrund haben.

Auch hier finden sich in dem Allgemeinen Landrechte Lücken. Es ist indeß wol außer Zweifel, daß die Regel:

*ignoranti possessio non acquiritur,*³⁾

dem Geiste des Allgem. Landrechts nicht angemessen ist, wenn wir von dem allgemeinen Satze:

1) L. 13 D. de donationibus (XXXIX. 5). Zu widersprechen scheinen L. 37 § 6 und L. 59 D. de acquir. rerum domin. (XLI. 1), L. 43 § 1 D. de furtis (XLVII. 2), L. 2 C. de his qui a non dom. M. s. jedoch über die Erklärung dieser Stellen v. Savigny a. a. D. S. 353.

2) Allgem. Landrecht I. 7. § 21, 22 und 34.

3) Diese Regel bezieht sich bekanntlich nicht auf den Fall, wo Jemand den speciellen Auftrag zwar gegeben hat, aber von

daß Niemand ohne oder wider seinen Willen Besitz erwerben kann,

dessen Anwendung sich von selbst versteht, absehen. Eine specielle Vergleichung soll sogleich zeigen, wovon hier die Rede ist. Das Röm. Recht verlangt außer dem erforderlichen juristischen Verhältniß zwischen Repräsentirten und Repräsentanten, wenn solches ein allgemeines und nicht erst speciell für den gegenwärtig zu erwerbenden Besitz eingegangen ist, noch besonders nach Maßgabe der Art dieses Verhältnisses, entweder Befehl oder Auftrag zur Besitzerverbung. Wenn z. B. der Vater durch den, in seiner Gewalt befindlichen, Sohn Besitz erwerben wollte: so mußte dazu ausdrücklicher Befehl vorausgehen, darum, weil die Besitzergreifung und deren Bedingung als reine Facta angesehen wurden. Aus eben demselben Grunde mußte ein Procurator universorum honorum zu einer Besitzergreifung für seinen Mandanten besondern Auftrag erhalten, weil in solchem Mandat nicht besonders dieser einzelne Erwerb ausgedrückt ist; oder es mußte eine besondere Ratihabition erfolgen⁴⁾. Nur beim Erwerb des Vormundes⁵⁾, bei juristischen Personen⁶⁾, und beim Peculium⁷⁾ fand eine specielle Ausnahme von dieser Regel Statt.

Das Allgem. Landrecht erkennt den Grund, aus wel-

dessen Vollziehung noch nicht unterrichtet ist. Denn in dieser Beziehung heißt es: *ignoranti possessio acquiritur*, und in diesem Sinne ist in der unten angeführten *L. 1 C. de poss. der ignorans* zu nehmen.

4) *L. 24 D. de negot. gest. (III. 5.)*

5) *L. 13. § 1 D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) — L. 1. § 20 D. de acqu. vel amitt. poss. (XLI. 2.) — L. 11. § 6 D. de pign. act. (XIII. 7.)*

6) *L. 1. § 22 L. 2 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.) — L. 7. § 3 D. ad exhibendum. (X. 4.)*

7) *L. 1. § 5. — L. 3. § 12. — L. 4. L. 24. u. L. 44. § 1 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)*

chem diese Regel hervorgeht, nicht an, und es läßt ausdrücklich nur in sofern die Erwerbung des Besitzes durch Andere zu, als Rechte durch die Verträge eines Andern erlangt werden können⁸⁾. Auch zeigen die übrigen Beziehungen, in welchen von der Erwerbung des Besitzes im Allgem. Pandrecht gesprochen wird, daß es die Erwerbung des Besitzes der Erwerbung eines Rechts gleich behandelt, so weit dieses sonst die Natur des Besitzes zuläßt⁹⁾. Daher ist es wol außer allem Zweifel:

- 1) daß der Sohn dem Vater da, wo er ihm sonst erwirbt, auch Besitz erwerben kann, ohne speciellen Befehl¹⁰⁾.
- 2) daß auch eben so der Universal-Mandatar dem Mandanten Besitz erwerben kann¹¹⁾;

und so folgen die im Röm. Recht als Ausnahme von der Regel behandelten Fälle der Vormundschaft *ic.*, nach dem Allgem. Pandrecht aus der Regel selbst.

Es bleibt nun aber noch eine andere Frage übrig, nämlich die:

von welchem Zeitpunkte fängt in solchen Fällen, wo der Besitz ohne genaue Wissenschaft von dem Zeitpunkte seiner Erwerbung erworben wird, die Verjährung zu laufen an?

Nach Röm. Rechte fängt sie erst von da an, wo der

8) Allgem. Pandrecht I. 7. § 45.

9) Daher der oben aufgestellte Satz von der Willenserklärung der Unfähigen nicht damit im Widerspruche steht.

10) II, 2. § 123.

11) Dieses haben auch mehrere Lehrer des gemeinen Rechts schon nach Röm. Rechte angenommen auf Grund der *L 1 C. de poss.* Dagegen sehe man v. Savigny Besitz (6. Auflage.) S. 363 f.

Besitzer den Erwerb des Besitzes erfahren hat¹²⁾. Das Allgem. Landrecht setzt hierüber nichts fest. Indes scheint es dem Geiste desselben gemäß zu sein, mit dem Besitze zugleich auch immer seine vollen Wirkungen eintreten zu lassen.

Wenn nun durch einen Andern der Besitz erworben werden soll, so versteht sich, daß dieses ein gewisses juristisches Verhältniß zwischen Beiden voraussetzt. Dieses kann

- 1) ein Verhältniß juristischer Gewalt sein. Ein solches findet jedoch nur noch in der väterlichen Gewalt, und dazu sehr eingeschränkt, Statt. Denn die Kinder erwerben den Aeltern nur noch bei Gelegenheit der schuldigen Hülfsleistung in der Wirthschaft und dem Gewerbe¹³⁾, also nur so weit, als die Erwerbung auf das Vermögen der Aeltern gegründet ist. In allen andern Fällen erwerben die Kinder für sich selbst¹⁴⁾.
- 2) Kann es ein freies Verhältniß sein, welches nach dem Allgem. Landrecht in der Regel bei allen juristischen Handlungen, wenn es dabei nicht gerade auf Individualität einer bestimmten Person ankommt, zulässig ist, und nicht, wie nach Röm. Rechte, auf die natürlichen Erwerbungen eingeschränkt ist¹⁵⁾.

Dieses Verhältniß besteht in jedem Falle der Stellvertretung überhaupt; und es bedarf bei einem generellen Auftrage einer bestimmten Klasse von Geschäften, nach dem oben angenommenen Sinne des Allgemeinen

12) *Per liberam personam ignorantem quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam juris pridem receptum est. L. 1. C. de poss.*

13) Allgem. Landrecht II. 2. § 121 und 123.

14) Ebend. § 124.

15) I, 13. § 1.

Landrechts, nicht noch eines besondern Auftrags zur Erwerbung eines Besitzes, dessen Gegenstand zu jener generell übertragenen Klasse von Geschäften mit gehört.

Besondere Anwendungen der bisher untersuchten Stellvertretung bei Erwerbung des Besitzes finden sich im Allgem. Landrecht

- 1) bei der Uebergabe durch Anweisung¹⁶⁾. Wenn nämlich Jemand, welcher eine Sache im Namen eines Andern besitzt, von diesem angewiesen wird, den Besitz im Namen eines bestimmten Dritten fortzusetzen, so soll die Uebergabe vollzogen sein. Hier wird der, welcher die Sache im Namen des bisherigen Besitzers (als dessen Stellvertreter) inne hat, durch desselben Anweisung: den Besitz im Namen des neuen Besitzers fortzusetzen, Stellvertreter dieses neuen Besitzers, und in der Acceptation der Anweisung von Seiten des neuen Besitzers, welche zum Anfang des Besitzes als nothwendig erfordert wird¹⁷⁾, liegt der Auftrag desselben an den Stellvertreter zur Erwerbung des Besitzes. Denn er genehmigt dadurch den Auftrag, welchen der Stellvertreter schon in seinem Namen erhalten hat, oder jetzt erhalten soll. Dieses Verhältniß zwischen dem neuen Besitzer und seinem Stellvertreter (dem Inhaber) kann aber nicht eher entstehen, als bis dieser die Anweisung des alten Besitzers, die zugleich den Auftrag des neuen mit enthält, erhalten hat¹⁸⁾.
- 2) Bei der Uebergabe, welche durch Willensäußerung geschehen soll. Es soll nämlich die Uebergabe des Besitzes für vollzogen geachtet werden, wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, die Sache nunmehr für einen

16) Allgem. Landrecht I, 7. § 66.

17) I, 7. § 67.

18) Ebend. § 68.

Andern in seiner Gewahrsam zu halten, erklärt hat ¹⁹⁾. Dieß ist der Fall, welchen die Schule des gemeinen Rechts das *constitutum possessorium* nennt. Hier wird der bisherige Besitzer dadurch, daß er für einen Andern den Besitz fortsetzen will, dessen Stellvertreter. Die dazu erforderliche Willenserklärung kann auch durch Handlungen geschehen, die ein Dasein des *constituti possessorii* nothwendig voraussetzen. Daher wird es angenommen:

- a) wenn ein Eigenthümer zu eines Andern Besten erklärt, daß er sich den Nießbrauch von seiner Sache vorbehalte;
- b) wenn derselbe sein Grundstück oder seine Sache von einem Andern miethet oder pachtet.

Ob in diesen Fällen die ganze Sache oder nur ein einzelner Theil für übergeben zu achten, muß in jedem speciellen Falle nach den Umständen besonders beurtheilt werden.

- 3) Im § 302 der Konkurs-Ordnung, wonach die in Kommission gekauften Waaren, welche noch in Gewahrsam des Gemeinschuldners vorhanden sind, für übergeben, oder vielmehr für im Namen des Komitenten besessen, angesehen werden;
- 4) bei einigen sogenannten symbolischen Uebergaben, welche in der Lehre vom Rechte des Unterpandes vorkommen ²⁰⁾. Hier ist
 - a) bei ausstehenden Forderungen eine wirkliche Uebergabe vorhanden, so weit eine solche bei Rechten ihrer Natur nach überhaupt vorkommen kann.
 - b) Bei Seeschiffen ist eigentlich nur das *alte pactum*

19) Allgem. Landrecht I, 7. § 71 f.

20) Ebend. I, 20. § 271 f.

hypothecae mit gewissen Formalitäten, wie solche der Grundsatz der Publicität erfordert, gestattet;

- c) bei Waaren=Verpfändung findet theils eine wahre Natural=Uebergabe²¹⁾, theils eine Stellvertretung im Besiß Statt²²⁾. Denn außer diesen beiden Fällen findet die Verpfändung niemals Statt²³⁾.

Daß in diesen Fällen der Besizerwerb durch Stellvertreter eine fingirte Apprehension oder symbolische Uebergabe angenommen wird, ist eine Folge der Ansicht, welche unter den Lehrern des gemeinen Rechts bis auf die neueste Zeit ziemlich allgemein herrschte, und hin und wieder bei Einzelnen noch vorkommt. Aber diese Benennung hat im Allgem. Landrechte keine besondern practischen Folgen gehabt, da, wie wir sehen, selbst in den Fällen, wo der Ausdruck gebraucht wird, dieselben Bedingungen gefordert werden, welche auch nur zur wirklichen Apprehension erforderlich sind, wenn die Wirkungen des Besißes eintreten sollen.

- 5) Bei einer *societas omnium honorum*. Hier wird die Uebergabe mit dem Abschluß des Vertrages für geschehen erachtet²⁴⁾, wie nach Röm. Rechte. Dieß wird am natürlichsten durch ein *constitutum possessorium* erklärt²⁵⁾. Das Allgemeine Landrecht hat diesen Grundsatz auch auf *Particular=Societäten* ausgedehnt²⁶⁾.

21) Allgem. Landrecht I. 20. § 338, 339 und 343.

22) Ebend. § 342, 345 — 366.

23) Ebend. § 344.

24) I. 17. § 176, 181 und II, 1. § 362. — L. 1. § 1. L. 2 D. pro socio. (XVII. 2.)

25) v. Savigny a. a. O. S. 374.

26) I. 17. § 188, 198 — 202.

§ 15. Resultate.

Die nunmehr vollendete Darstellung des Erwerbes des Besitzes zeigt, daß derselbe dem Erwerb eines andern Rechts im Allg. Landrecht näher gerückt ist, als er im Röm. Recht vorkommt. Indes hat der Besitzerwerb doch auch noch nach dem Allg. Landrecht das besonders Unterscheidende von jedem andern Rechtserberb, daß zu erstem nothwendig eine Apprehension gehört, während andere Rechte auch durch bloße juristische Handlungen erworben werden können ¹⁾. Die vorkommenden Abweichungen in der Form der Apprehension sind bis auf einen Fall nur scheinbar, wie gezeigt worden ist, und selbst in diesem ausgenommenen Fall wird eine Be-

1) Will man einige dieser, bloß zur Erwerbung von Rechten dienenden, juristischen Handlungen, als z. B. die *adramitio*, *afflatomie*, *effestucatio*, *scotatio* bei der alten Auflassung oder Investitur (*obsfirmatio*), durch welche ebenfalls kein Besitz, dessen Uebertragung ausdrücklich davon unterschieden wird (*cap. 2. X. de consuetud., II. F. 2. pr.*), erworben wurde; ferner die mit Auflassung sehr ähnliche Eintragung in die Hypothekenbücher (*N. E. R. I. 2. § 4.*), die *Adjudication*, oder die in gewissen Fällen übliche Uebergabe von Urkunden, z. B. der *Connoffamente* (wodurch das Eigenthum, nicht der Besitz versandter Waaren erworben werden kann; von Martens *Handelsrecht* § 15. *Archiv für das Handelsrecht* [Hamburg 1818] Band 1. Heft 2. S. 183. Dagegen *Gesterding Irthümer* [1818] n. 7. Vgl. *N. E. R. Th. I. Tit. 10 § 1*, verbunden mit *Tit. 20 § 304 und 305, 367, 374*) symbolische Traditionen nennen: so ist dagegen Nichts zu erinnern, wenn man sich dadurch nur nicht verleiten läßt, dabei an Besitzübertragungen zu denken. Es ist schlechthin unmöglich, durch solche symbolische Uebergaben irgend eine Art des Besitzes zu erlangen. Oder welcher Pfandverleiher wird sich wohl überreden lassen, er habe den Besitz der Uhr, welche ihm der Pfandgeber durch Aushändigung des Uhrschlüssels symbolisch übergeben oder übergeben lassen, während dieser die Uhr selbst in seiner Tasche behält.

figergreifung überhaupt vorausgesetzt, die nur auf andere damit in Verbindung stehende Sachen als mitgeschehen ausgedehnt wird. Davon gilt auch bei Erbschaften keine Ausnahme; denn der § 368, Tit. 9, Th. 1. des Allgem. Landrechts, nach welchem das Eigenthum der Erbschaft erworben wird, ohne daß es einer besondern Besizergreifung bedarf, enthält nichts Abweichendes ²⁾ vom Röm. Recht, und bezieht sich nicht auf die Erwerbung des Besizes daran ³⁾, vielmehr ist zur Letztern die Besizergreifung ebenfalls nothwendig ⁴⁾.

Dagegen schließen die juristischen Gründe der Ungül-

-
- 2) Nur daß das Röm. Recht, ausgenommen bei dem Sous, erst die Antretung erfordert. Man könnte sich denken, daß das A. L. R. den Grundsatz vom Röm. necessarius allgemein gemacht hätte; es enthält aber der § 368 bloß die alte Regel: le mort saisit le vif, wonach der Anfall einer Erbschaft die Rechte der Gewehre, aber nicht die Vortheile des Inhabers, die ohne Besizergreifung nicht übergehen, übertragen wird, wodurch das f. g. Befendungsrecht vor der Antretung bedingt ist. Dieser Regel wird nur noch von wenigen Particular-Rechten gefolgt: Vergl. Stein Abhandl. des Lüb. Rechts Th. 2 § 43 f. Oesterr. Ges.-B. Art. 537; und sie ist von Vielen mißverstanden worden. Eine sehr vollständige Lit. über den letztern Umstand hat Kunde in seinem deutschen Privat-Recht § 687 Note e gegeben, wozu noch Schiller Exercitat. 49 § 48 kommt, welcher ganz vorzüglich behauptet, daß auch der Besiz mit der Erbschaftsantretung erworben werde. Dieser ist wohl der Erfinder dieser Lehre? Diese Meinung scheint auch Klein Crimin.-Recht § 440 b. anzunehmen.
- 3) Nach Grävell's Anmerkung zum § 49 seiner Lehre vom Besiz soll es nach dem alleg. § 368 „beim Erbrecht sogar nicht einmal einer Besizantretung der Erbschaft auf eine andere Weise, als durch die bloße Erklärung, die Erbschaft annehmen zu wollen, bedürfen.“ Davon steht nichts in diesem §.
- 4) A. L. R. Th. 1. Tit. 11 § 474 und 475; und Tit. 18 § 93.

tigkeit, wenn sie in der Form der Handlung liegen, die
Erwerbung des Besitzes nach dem Allgem. Landrecht ganz
allgemein aus, und dadurch ist der Besitzerwerb dem Rechts-
erwerb sehr nahe gebracht, worin eine große Abweichung
vom Röm. Recht liegt.

Dritter Abschnitt.

Verlust des Besizes.

§ 16.

Im Allgemeinen.

Der Erwerb des Besizes ist nunmehr vollständig abgehandelt, und es ist diesem Abschnitte aufbehalten, den Verlust des Besizes zu bestimmen. Damit ist die Darstellung seiner Fortsetzung von selbst verbunden, weil diese so lange vorhanden sein muß, als der Verlust selbst nicht eingetreten ist.

Auch in dieser Lehre findet sich eine gewisse Uebereinstimmung des Allg. Landrechts mit dem Röm. Recht, und wir werden dieß am besten übersehen, wenn wir von dem Lehtern auch hier ausgehen.

Nach dem Röm. Rechte dauert jeder Besiz so lange fort, als die beiden Bedingungen desselben, corpus und animus, nebeneinander existiren. So wie der Augenblick, mit welchem beide anfangen, nebeneinander zu bestehen, der Zeitpunkt des Anfangs des Besizes ist, so ist auch der Moment, in welchem diese Verbindung aufgehoben wird, das Ende des Besizes. Es sind mithin die Bedingungen des Erwerbes und der Fortsetzung im Wesen nicht verschieden; wohl aber findet sich ein solcher Unterschied dem Grade nach. Denn es ist nicht nöthig, daß man zur Fortsetzung des Besizes an einem Landgut z. B. immer in dessen Nähe bleibe, oder beständig daran denke. Daher liegt es in der Natur der Sache, daß zur Fortsetzung die immerwährende Möglichkeit der gegenwärtigen Ausübung der physischen Herrschaft

nicht nöthig; sondern es genug ist, wenn man nur nicht verhindert wird, diese Möglichkeit beliebig zu reproduciren. Wie aber diese Möglichkeit durch ein zwiefaches positives Handeln (ein körperliches und geistiges) erworben wird, so wird sie auch durch dieselben entgegengesetzten Handlungen, also corpore und animo ¹⁾, ausgeschlossen. Es kann also nach Röm. Recht der Besitz auf dreifache Weise verloren werden, nämlich:

- 1) corpore, d. h. durch eine körperliche Handlung,
- 2) animo, d. h. durch bloßes Wollen,
- 3) durch Beides zugleich.

Dieselben Ansichten finden sich im Ganzen auch im Allg. Landrecht. Es soll nämlich der Besitz verloren gehen:

- 1) wenn es unmöglich ist, die verlorne Gewahrsam wieder zu erlangen ²⁾; also corpore;
- 2) wenn der Besitzer erklärt, den Besitz für sich nicht mehr haben zu wollen ³⁾; also animo;
- 3) wenn der Besitzer die Gewahrsam aufgibt, in der Absicht, nicht mehr besitzen zu wollen ⁴⁾; also animo et corpore zugleich.

Die körperliche Handlung muß aber auch hier, wie beim Erwerb, nach den Gegenständen, je nachdem es eine körperliche Sache oder ein Recht ist, verschieden sein. Aber das Allg. Landrecht erfordert noch eine eigenthümliche dritte Be-

1) L. 44. § 2 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI.) „... ejus quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore...“ L. 153 D. de reg. jur. Dazu die Erklärung von v. Savigny a. a. D. S. 385 f.

2) § 116 h. t.

3) I, 7. § 59, 70 und 117.

4) Ebend. § 58, 117 und 123.

dingung der Erwerbung des Besitzes. Wie diese zur Erwerbung wesentlich nöthig ist, so muß sie consequenterweise auch zur Fortsetzung des Besitzes vorhanden sein, in denjenigen Fällen, wo sich ihre Abwesenheit der Natur der Sache nach besonders denken läßt. Und so verhält es sich im Allg. Landrecht wirklich ⁵⁾).

Die Regel über den Verlust wird nach dem Allg. Landrecht also nun so zu fassen sein, daß wenn die Verbindung der zum Erwerb erfordernten drei Bedingungen aufhört, auch der Besitz verloren geht.

Endlich kann auch der Besitz so durch Stellvertreter verloren werden, wie er durch sie erworben werden kann.

Hiernach wird also der gegenwärtige Abschnitt handeln:

- 1) Von dem Verlust des Besitzes durch körperliche Handlung.
 - a) bei Sachen,
 - b) bei Rechten;
- 2) Von dem Verlust durch animus;
- 3) Von dem Verlust durch beides zugleich;
- 4) Von dem Verlust dadurch, daß die Gewahrsam fehlerhaft wird;
- 5) Von dem Verlust durch Stellvertreter.

§ 17.

Von dem Verlust des Besitzes durch körperliche Handlung ¹⁾

1) bei Sachen.

Es ist schon in dem vorhergehenden § beiläufig erwähnt, daß es hinsichtlich der ersten Bedingung des Besitzes, näm-

5) Ebend. § 131 f.

1) Das in dieser Materie noch gültige Preuß. Landrecht von 1721 erkennt diesen modus amittendae possessionis nicht an;

lich des körperlichen Verhältnisses, bei der Fortsetzung des Besitzes nach Röm. Recht gar nicht auf die gegenwärtige, unmittelbare, physische Herrschaft ankomme, wie sie beim Erwerb unerlässlich ist; sondern daß es hinreiche, wenn nur diese physische Gewalt beliebig reproducirt werden könne. Aus diesem Grunde geht der einmal erworbene Besitz durch bloße Entfernung von dem Gegenstande nicht verloren, und es kann daher auch die Gewahrsam einem Andern gegeben werden. Wenn aber durch irgend eine nicht etwa bloß vorübergehende äußere Begebenheit, dem Besitzer die beliebige physische Einwirkung auf die Sache unmöglich geworden ist: so ist der Besitz verloren ²⁾, ausgenommen bei unbeweglichen Sachen, wo auch noch das Bewußtsein des Besitzers von dieser eingetretenen physischen Unmöglichkeit der Einwirkung hinzukommen muß ³⁾

Ähnliche Ansichten hat das Allg. Landrecht. Es soll darnach mit dem Verlust der Gewahrsam allein noch nicht der Besitz verloren sein; denn es ist bestimmt:

§ 112. „Aus dem Verluste der Gewahrsam folgt noch nicht der Verlust des Besitzes.“

§ 113. „Vielmehr wird der Besitz so lange für fortgesetzt geachtet, als die geschehene Aufhebung desselben nicht deutlich erhellet.“

Es fragt sich: wann ist die Gewahrsam im Sinne des

denn es bestimmt Buch III. Tit. 5 Art. 3 § 1: „— mit dem Leibe allein (solo corpore) verliert Keiner sein Gewehr oder Besitz, aber allein mit dem Gemüthe (solo animo) mag er die wohl verlieren.“ Dieß scheint die auf Mißverständnissen beruhende, angeblich römische Regel: *possessio continuatur solo animo*, sein zu sollen.

2) L. 3. § 13 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

3) L. 3. § 7, 8. L. 6. § 1. L. 7. L. 18. § 3, 4. L. 25. § 2. L. 46. D. eod. — v. Savigny a. a. D. S. 403 u. flg.

Allg. Pandrechts als verloren anzunehmen? Dieß bestimmt der § 111 mit den Worten:

„Die Gewahrsam einer Sache geht verloren, sobald das physische Vermögen des Inhabers, durch sich oder durch andere darüber zu verfügen, aufhört.“

Welcher Fall ist darunter gemeint? Soviel scheint gewiß, daß wenn ein Anderer für uns die Detention ausübt, die Gewahrsam als vorhanden betrachtet wird. Es kann also hierunter nichts anders gemeint sein, als der Fall, wo wir die Sache bloß verlassen haben; so daß unter den Worten:

„sobald das physische Vermögen — zu verfügen aufhört,“

nur das augenblickliche und gegenwärtige Aufhören gemeint sein soll, welches bloß in der Willkühr des Inhabers liegt. Denn ist ihm die Wiederherstellung der Verfügung darüber auch wider seinen Willen nicht möglich, so ist der Besitz selbst verloren ⁴⁾).

Es lassen sich zwar Fälle denken, in welchen jenes Aufhören der Verfügung nicht gerade in der Willkühr des Inhabers liegt, z. B. wenn Jemand etwas in seiner Wohnung verlegt hat, und es nicht gleich wieder finden kann, und andere ähnliche; aber dieses Aufhören ist vorübergehend, und ändert den Grundsatz nicht. Es ist also im § 111 der Fall gemeint, wo der Besitzer die Sache nur aus seiner unmittelbaren, gegenwärtigen Gewalt entlassen, oder sich von derselben entfernt hat. Damit nun ist der Besitz noch nicht verloren ⁵⁾, vielmehr dauert er während dieser Entfer-

4) Allgem. Pandrecht § 116 h. t.

5) Eine practische Anwendung dieses Grundsatzes giebt folgender Rechtsfall: Jemand hatte in seinem Holzstalle, wo gerade Holzhaue beschäftigt waren, seinen goldenen Ring abgelegt und liegen lassen, als er in seine Stube zurückgegangen war. Unterdeß hatten die Holzhaue den Ring gefunden, fortge-

nung so lange fort, als die Aufhebung desselben nicht durch andere Umstände eintritt, welches, wie es der vorhin angeführte § 113 ausdrückt, deutlich erhellen muß. Eben so

nommen und, nachdem sie ihr Geschäft beendigt, an einen Handelsmann verkauft. Der Letztere wurde wegen Ankaufs des gestohlenen Ringes mit zur Untersuchung gezogen, und wollte nicht gelten lassen, daß er eine gestohlene Sache gekauft habe, sondern suchte auszuführen, daß die Holzhauer den Ring gefunden hätten. Der Criminal-Senat aber, so wie der Zweite Senat des Ober-Landesgerichts zu Marienwerder erkannten im Jahre 1831 auf die Strafe des unvorsichtigen Ankaufs gestohlenen Gutes, und in den Gründen des Urtheils des II. Senats lautet es in Beziehung auf jenen Einwand wie folgt:

„Zur Fortdauer des Besizes, wie zum Erwerbe desselben, gehört *factum* und *animus*. Daß zur Fortdauer des Besizes erforderliche *factum* besteht in einem physischen Verhältniß zu der besessenen Sache, wodurch es möglich ist, auf dieselbe einzuwirken. Diese Möglichkeit braucht zu der Fortdauer des Besizes nicht, wie bei dem Erwerbe, eine unmittelbare, gegenwärtige zu sein, es ist hinreichend, wenn nur die Möglichkeit der unmittelbaren Einwirkung nach Willführ reproducirt werden kann, und der Besiz ist, hinsichtlich des zur Fortdauer desselben erforderlichen *facti*, erst dann verloren, wenn die willkührliche Einwirkung ganz unmöglich geworden ist. Diese Möglichkeit hört auf, dadurch, daß ein Anderer der Sache sich bemächtigt, oder, ohne solche Einwirkung eines Andern, dadurch, daß selbige sich an einem Orte befindet, welcher dem bisherigen Besizer unzugänglich oder unbekannt ist, im letzteren Falle jedoch nur, wenn dieser Ort kein vom Besizer gewählter Aufbewahrungsort ist, von dessen Zugange er Andere auszuschließen berechtigt ist. Ist Letzteres der Fall, so dauert der Besiz fort, wenn auch der Besizer die Sache nicht sogleich finden kann. Wer daher eine Sache in einem ihm gehörigen Gelaß niedergelegt hat, verliert, so lange selbige sich dort befindet, den Besiz nicht, wenn er auch vergessen hat, wo sie anzutreffen ist. U. E. R. I. 7. § 112, 113, 116, 119.

Der zur Fortdauer des Besizes erforderliche *animus* ist

wenig wie der Verlust der bloßen Gewahrsam wirkt eine Veränderung in den persönlichen Eigenschaften des Besitzers den Verlust des Besizes, was sich, nach der Natur dessel-

auch dann noch vorhanden, wenn nur die Möglichkeit einer Reproduction des ursprünglichen Wollens in jedem Augenblicke bleibt. Daß das Bewußtsein des Besizes selbst in jedem Augenblicke wirklich fortbauere, ist nicht nöthig. Wenn daher auch der Besitzer eine Zeit lang an die Sache und deren Besiz nicht denkt, diesen Besiz vergessen hat, so hört dadurch der Besiz noch nicht auf. § 117, 123, 130 l. c.

Im vorliegenden Falle befand sich nun der qu. Ring, als die Holzhauer selbigen fortnahmen, in einem Gelasse, von dessen Zugange der Damnificat Andere auszuschließen berechtigt war, es war diese Sache an diesen Ort nicht ohne Wissen und Willen des Damnificaten hingekommen, er hatte sie vielmehr absichtlich dort zur einstweiligen Aufbewahrung hingelegt, und wenn er solches auch auf einige Zeit vergessen hatte, so war ihm doch der Ort der Niederlegung nicht dergestalt unbekannt, daß er, so bald er an jene Sache dachte, diesen Ort nicht hätte auffinden können. Weder das zur Fortdauer des Besizes erforderliche factum, noch der dazu erforderliche animus war daher aufgehoben, der Besiz dauerte mithin fort; es war jene Sache also nicht besizlos, nicht verloren; ein Fund konnte daher auch daran, im Verhältniß zu dem Eigenthümer, Seitens eines Andern nicht Statt finden, durch deren Wegnahme wurde sie vielmehr aus dem Besize des Damnificaten entwendet. Allerdings läßt sich nun zwar wohl denken, daß eine Sache, welche Rücksichts des bisherigen Besitzers nicht für verloren, also nicht für besizlos, zu achten ist, von einem Andern gefunden werde, also dieser Letztere durch deren Wegnahme keinen Diebstahl begehe (wie solches z. B. der Fall sein würde, wenn Jemand einen Ring im Walde verbirgt und ein Anderer denselben dort zufällig entdeckt und aufnimmt), allein dieses zufällige Entdecken und Fortnehmen muß dann auch unter Umständen geschehen, welche dem Letztern die Ueberzeugung gewähren, daß diese Sache eine verlorne, von Niemand besessene Sache sei. Dergleichen Umstände waren aber in vorliegendem Falle nicht vorhanden, die Holzhauer waren, ihrer eignen Angabe

ben als eines wesentlich factischen Verhältnisses schon von selbst versteht, aber durch den § 114 u. 115:

„Durch eine Veränderung in den persönlichen Eigenschaften des Besitzers wird in der Fortdauer des Besitzes nichts geändert;“

„Durch den Verlust der Fähigkeit, etwas zu erwerben, geht der Besitz des vorhin schon Erworbenen noch nicht verloren,“

doch besonders ausgedrückt ist. Bis hierher hat die Sache keine Schwierigkeit. Ueber die Frage aber: durch welches physische Ereigniß denn eigentlich der Besitz corpore verloren gehe, erhält man von dem Allgem. Landrechte keine ganz befriedigende Auskunft. Die Hauptstellen sind die beiden §§ 116 und 122:

„Dagegen hört der Besitz auf, wenn es, durch ein die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß, dem Besitzer unmöglich wird, die verlorne Gewahrsam wieder zu erlangen.“

„Wenn ein Anderer den Besitz einer aus der Gewahrsam des vorigen Besitzers gekommenen Sache auf eine fehlerfreie Art (§ 96 — 108) ergriffen hat; so hört der vorige Besitz auf.“

Nach dem Wortsinne dieser Bestimmungen geht der Besitz verloren,

1. ohne daß von einem Andern die Gewahrsam ergriffen wird, dadurch, daß die Sache dem Besitzer durch

nach, bei dem Fortnehmen des Ringes überzeugt, daß selbiger dort von dem Besitzer nur einstweilen niedergelegt war, und daß die Fortnahme invito domino geschehe. L. 46. § 7 de furtis. (47. 2.)“

Crim.-Act. des D. L. G. Marienwerder.
M. 1152 rep.

irgend ein Ereigniß dergestalt entzogen wird, daß er sie unmöglich wieder erlangen kann,

2. dadurch, daß sie von einem Andern auf fehlerfreie Art in Besitz genommen wird.

Er geht aber nicht verloren durch eine fehlerhafte Besitzergreifung eines Andern, wohl zu bemerken, ohne daß hier darauf gesehen werden soll: ob es dem bisherigen Besitzer unmöglich geworden, die Gewahrsam wieder zu erlangen. Daraus folgt die Absurdität, daß Jemand den Besitz seiner ihm gestohlenen Uhr behält, womit der Dieb nach Amerika gegangen ist. Um diese zu beseitigen, hatten wir in der ersten Ausgabe die §§ 116 und 122 so zu erklären versucht, daß der § 116 die Regel enthalte und auf alle Fälle zu beziehen sei, wo der Besitzer die Gewahrsam dergestalt verloren, daß ihm die Wiedererlangung unmöglich geworden, sei es, daß der Grund in einem die Sache zugestoßenen Ereigniß, oder in der Besitzergreifung eines Andern liege, wogegen der § 122 auf den singulären Fall zu beziehen sei, wo ein Grundstück in des Besitzers Abwesenheit occupirt worden: denn bei unbeweglichen Sachen ist der Fall nicht denkbar, daß sie nicht wieder erreicht werden könnten, daher denn dieser Voraussatzung in dem § 122 auch nicht erwähnt zu werden brauchte. Diese singuläre Beziehung des § 122 ist jedoch nicht nöthig, um von jener Absurdität entfernt zu bleiben, es müßte der § 116 nur nicht auf eine Veränderung in der Sache selbst bezogen, und der Fall des § 122, wo ein Anderer den Besitz ergriffen hat, als Gegensatz davon verstanden, vielmehr müßte auf den Satz des § 116:

„wenn es — dem Besitzer unmöglich wird, die verlorne Gewahrsam wieder zu erlangen,“

der Nachdruck gelegt werden, so daß als Gegensatz die Möglichkeit verstanden wird, die — gleichviel auf welche Weise

— verlorne Gewahrsam sich wieder zu verschaffen. Alsdann würden die Bestimmungen der §§ 116 und 122 mit der Wirklichkeit harmoniren und die Sache würde so stehen:

1. Der Besitz einer aus der Gewahrsam des bisherigen Besitzers gekommenen Sache ist von keinem Andern ergriffen; aber eine mit der Sache vorgegangene Veränderung oder eine Begebenheit macht die Wiedererlangung der Gewahrsam unmöglich. Alsdann ist der Besitz verloren. § 116.

2. Der Besitz einer solchen aus der Gewahrsam entkommenen Sache ist von einem Andern ergriffen, aber

a. auf fehlerfreie Art; alsdann ist der Besitz verloren, weil der vorige Besitzer keine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes hat, mithin die Gewahrsam auch nicht wieder erlangen kann, § 122;

b. auf fehlerhafte Art. Dann ist der Inhaber

aa. entweder nicht zu erreichen, also die Sache nicht wieder zu erlangen. Hier ist der Besitz wegen dieser Unmöglichkeit einer Wiederherstellung der Gewahrsam auch verloren. §. 116.

bb. Oder die Sache ist ihm — sei es durch Selbsthülfe oder mit Hülfe des Richters — wieder abzunehmen. Dann ist es nicht unmöglich, die Gewahrsam wieder zu erlangen, und der Besitz ist nicht verloren. § 116 verbunden mit § 122.

Allein auch diese Auslegung scheint durch die Materialien nicht unterstützt zu werden. Der gedruckte Entwurf hatte das Richtige ausgedrückt, denn er bestimmte:

§ 78. „Der einmal erworbene Besitz wird, der Regel nach, durch die bloße Absicht zu besitzen, fortgesetzt.“

§. 79. „Diese Absicht ist jedoch nicht hinreichend, wenn es dem bisherigen Besitzer durch eine Handlung

oder Begebenheit unmöglich wird, über die Sache selbst, oder durch Andere, zu verfügen.“

Hier war also der Verlust des Besizes von der Unmöglichkeit, die Gewahrsam wieder zu erlangen, abhängig gemacht, ohne Unterschied: ob diese Unmöglichkeit durch eine Handlung oder durch eine die Sache betreffende Begebenheit entstanden. Zu diesen Bestimmungen waren folgende Monita eingegangen ⁶⁾:

1. Aus dem § 78 solle die Absicht wegbleiben, und die beiden §§ sollten so gefaßt werden:

Der erworbene Besitz wird für fortgesetzt erachtet, so lange derselbe nicht ausdrücklich unterbrochen ist.

Diese Unterbrechung geschieht, wenn der bisherige Besitzer durch eine Handlung oder Begebenheit gehindert wird, über die Sache selbst oder durch Andere zu verfügen.

Zur Unterbrechung des Besizes ist nicht gerade strenge Unmöglichkeit nothwendig.

2. Es schiene, daß hier die Gewahrsam mit dem Besitze vermengt worden, wenigstens müßte ein Unterschied unter den Handlungen gemacht werden. Wenn z. B. der Miethsmann dem Vermiether bekannt mache, daß er die Sache nicht mehr in dessen Namen besitzen wolle, so gehe dennoch des Vermiethers Besitz dadurch nicht verloren. Es solle also bestimmter gesagt werden, daß in dem Falle des § 79 das Recht des Besizes selbst nicht verloren gehe, wenn gleich Jemand des physischen Besizes unrechtmäßig entsezt worden.

Beide Monita schienen Gosler nicht unerheblich; das zweite war aber ganz aus dem Wege, da durch die Erklä-

6) Zeitschrift a. a. D. S. 269. 270.

zung des Miethsmannes dem Vermiether es ja nicht unmöglich geworden, die Gewahrsam wieder zu erlangen. Wir werden aber nachher sehen, daß dasselbe nicht ohne Einfluß geblieben ist. Es war weiter monirt worden:

3. Nicht eine bloße Begebenheit, sondern wenigstens eine Handlung und Begebenheit, welche die Sache, von deren Besitz die Rede sei, betreffe, und nicht bloß die Person des Besizers, unterbreche den Besitz.

Diese Bemerkung hat ebenfalls ihren Einfluß gehabt und ist, wie sich nachher zeigen wird, wichtig für die Erklärung des § 116. Denn es ist darin der Gegensatz der Bestimmung desselben hervorgehoben.

Suarez hielt diese Erinnerungen für zutreffend und bemerkte auf dieselben in der *revisio monitorum* folgendes⁷⁾:

1. „Bei der Materie von Fortsetzung und Verlust des Besitzes sind Gewahrsam und eigentlicher Besitz nicht genugsam von einander unterschieden. Die Gewahrsam kann verloren gehen, und doch der Besitz fort-dauern. Eben so sind Fälle möglich, wo die Gewahrsam fortgesetzt wird, und doch kein Besitz in sensu juris mehr vorhanden ist.
2. Verschiedene einzelne Sätze sind entweder unrichtig oder doch schief ausgedrückt. Der römische Grundsatz: *possessio continuatur solo animo*, den man § 78 aufgenommen hat, ist nur in dem Verstande wahr, daß, wenn Jemand eine Sache oder ein Recht einmal in Besitz genommen hat, dieser Besitz immer fort-dauert, wenn er auch weiter keine *Actus possessorios* ausübt, so lange die Sache nur noch in seiner Gewahrsam bleibt; denn kommt sie aus dieser Gewahrsam hinaus,

7) Ebend. S. 275.

so ist der bloße animus allein offenbar nicht in allen Fällen hinreichend, den Besitz zu continuiren.

3. Der § 79 ist ebenfalls in der Verbindung und nach der Fassung, wie er da steht, nicht richtig: denn es sind Fälle möglich, daß ich die Gewahrsam einer Sache dergestalt verloren haben kann, daß es mir nicht mehr möglich ist, darüber zu disponiren, und doch habe ich den Besitz noch nicht verloren, z. E. die mir von einem unbekanntem Spitzbuben gestohlene Uhr.

4. Die Sätze vom Verlust des Besitzes sind zu sehr durch einander geworfen und stehen in gar keinem ordentlichen Zusammenhange. Der Besitz wird verloren:

a. durch Veränderung in der Sache selbst, wodurch die fernere Gewahrsam derselben dem bisherigen Besitzer unmöglich wird, z. B. per rei interitum, durch eine solche a tertio unternommene mutationem formae, wodurch die Sache aufhört, dieselbe zu sein u.;

b. per derelictionem;

c. dadurch, daß der Besitz einer aus der Gewahrsam des bisherigen Besitzers gekommenen Sache von einem Andern ergriffen wird, in sofern nur diese neue Besitzergreifung nec vi, nec clam, nec precario geschieht;

d. dadurch, daß der Besitz einer Sache von dem bisherigen Besitzer einem Andern eingeräumt wird.

Nach dieser Sciagraphie wird die Abhandlung zu ordnen sein."

In Uebereinstimmung mit diesen Ansichten traf denn Suarez die Bestimmungen, wie sie das Allgem. Landrecht jetzt hat, und welche wir hierher setzen müssen, um den Zusammenhang übersehen und den Sinn erklären zu können:

§ 111. Die Gewahrsam einer Sache geht verloren, sobald das physische Vermögen des Inhabers,

durch sich oder durch Andere darüber zu verfügen, aufhört.

§ 112. Aus dem Verluste der Gewahrsam folgt noch nicht der Verlust des Besitzes.

§ 114. Durch eine Veränderung in den persönlichen Eigenschaften des Besitzers wird in der Fortdauer des Besitzes nichts geändert.

§ 115. Durch den Verlust der Fähigkeit, etwas zu erwerben, geht der Besitz des vorhin schon Erworbenen noch nicht verloren.

§ 116. Dagegen hört der Besitz auf, wenn es durch ein die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß, dem Besitzer unmöglich wird, die verlorne Gewahrsam wieder zu erlangen.

§ 122. Wenn ein Anderer den Besitz einer aus der Gewahrsam des vorigen Besitzers gekommenen Sache auf eine fehlerfreie Art (§ 96 — 108) ergriffen hat; so hört der vorige Besitz auf.

Aus der Bemerkung Suarez's Nr. 3 ist klar, daß im § 116 und 122 wirklich gemeint ist, der Besitz dauere fort, wenn ein unbekannter Dieb dem Besitzer die Sache gestohlen hat. Kein Bestohler wird dies glauben, und kein Mensch wird für einen solchen bloß in der Einbildung der Redaktoren des Landrechts vorhandenen Besitz Etwas geben. Man hat aber doch diese Bestimmung aus Vernunftgründen erklären wollen. Bornemann z. B. meint⁸⁾,

8) System Bd. I. S. 521. In der Note † will Hr. Bornemann uns mit unserer Behauptung, daß durch fehlerhafte Besitzergreifung eines Andern der Besitz möglicherweise doch entzogen werden könne, ad absurdum führen, indem er sagt: „Sobald dieser sich einer Contrectation der Sache schuldig macht, soll der Besitz des Letzteren (des Besitzers) aufhören, ohne daß Ersterer ihn erlangt. Die Sache ist also nun ohne Besitzer, woraus denn weiter folgen würde, daß nunmehr

die Wiedererlangung einer durch fehlerhafte Besitzergreifung entzogenen Gewahrsam sei keinesweges unmöglich; rücksichtlich beweglicher Sachen bleibe die Wiedererlangung der Gewahrsam, wenn sie gleich häufig schwierig sein mag, dennoch stets möglich. — Freilich wol, eine absolute Unmöglichkeit ist nicht vorhanden. Eine solche aber giebt es auch bei vielen, die Sache betreffenden Ereignissen, z. B. bei dem von Bornemann selbst, S. 522 genannten, Seewurf nicht. Die ausgeworfenen Gegenstände können wieder heraufgeholt werden. Der vor 48 Jahren mit den Schätzen des Königs von Frankreich in der Seine-Mündung untergegangene „Telemaque“ wird jetzt aus dem Meeresgrunde herausgeschafft, und doch wird, trotz dieser Möglichkeit, dem Könige den Besitz seiner Schätze, nach dem Untergange, wol Niemand zugeschrieben haben. Man fragt in Ansehung der Möglichkeit der Wiedererlangung der Gewahrsam umsonst nach dem Unterschiede zwischen dem Fall eines derartigen Ereignisses, und dem Fall, wo der Dieb entweder unentdeckt bleibt oder sich mit dem gestohlenen Gut nach einem entfernten Welttheil begeben hat, wo ihm nicht beizukommen ist. „Der Besitz einer entwendeten Sache, sagt Bornemann a. a. D., geht daher — weil es stets möglich sein soll, die Gewahrsam wie-

der Dieb, eben weil Niemand sie besitzt, sich ihrer durch Occupation bemächtigen kann. Ich wüßte wenigstens nicht, was sich gegen diese Schlussfolge einwenden ließe, sobald man der Meinung von Koch beipflichtet.“ Bei dieser scharfsinnigen Bemerkung ist nur das Eine nicht bedacht, daß ein Inhaber die Sache, die er schon in seiner Gewahrsam hat, nicht mehr occupiren kann, und daß ein Dieb, wenn er auch die Sache fortwerfen und dann wieder nehmen wollte, durch sein willkürliches Verfahren wegen der bekannten Regel: nemo sibi causam possessionis mutare potest, die Besitzrechte sich zu verschaffen ganz außer Stande ist. Die Schlussfolge dürfte daher doch nicht so ganz zutreffen.

der zu erlangen — erst dann verloren, wenn ein Dritter dieselbe auf fehlerfreie Art in Besitz genommen, oder der Bestohlene selbige derelinqurt hat. Dieß wird z. B. dann anzunehmen sein, wenn der Letztere weder der Obrigkeit vom Diebstahl Anzeige macht, noch auch sonst Nachforschungen anstellt, vielmehr durch Worte oder Handlungen an den Tag legt, daß er sich gar nicht weiter um die Sache bekümmern wolle.“ Dieses Raisonnement betrifft nicht den Gegenstand, wovon hier die Rede ist, nämlich den Verlust des Besitzes *corpore*; dergleichen ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen des Besitzers bewirken den Verlust *animo*. Nach dieser Theorie bleibt also der Bestohlene alsdann, wenn er Anzeige macht und Nachforschungen anstellt, fortwährend im Besitz der gestohlenen Sache, wenn er sie auch niemals wieder zu Gesicht bekommt⁹⁾! Es begreift sich von selbst, daß dieß durch Suarez's Meinung und durch eine Bestimmung des Landrechts eben so wenig wahr gemacht werden kann, als der Papst durch seinen Ausspruch wahr machen konnte, daß die Sonne sich um die Erde drehe. In die Bestimmungen des Landrechts muß daher nothwendig ein solcher Sinn gelegt werden, daß sie

-
- 9) Ein Araber hatte einem Pferdezüchter zwei sehr schöne arabische Beschäler, über 10000 Thlr. werth, gestohlen, und es war ihm gelungen, damit durchzukommen. Der Dieb behielt die Pferde bis zum Tode, so daß also kein Anderer auf fehlerfreie Art den Besitz hatte ergreifen können, und der Bestohlene hatte Anzeigen über Anzeigen gemacht, und auch den Aufenthalt des Diebes in der Barberei wirklich ausgemittelt. Alle seine Bemühungen aber, dem Diebe beizukommen, waren vergebens. Nach dieser Theorie nun war ihm das auch ganz unschädlich, da er nach derselben ja fortwährend im Besitz blieb. Wenn dieser Besitzer dem Verfasser der landrechtlichen Bestimmung, oder dem Vertheidiger derselben, die Pferde legirt hätte: ob Einer von ihnen das Legat wol angenommen und den Erbschaftsstempel dafür mit 8 Prozent von 10000 Thlr. bezahlt haben würde?

mit der Wirklichkeit nicht in Widerspruch stehen, und dieses geschieht durch folgende Auslegung:

1. Der Verlust der Gewahrsam wirkt noch nicht den Verlust des Besitzes. § 112.
2. Auch eine Veränderung in der Person des Besitzers, d. h. in den persönlichen Eigenschaften oder Erwerbsfähigkeiten des Besitzers, ist ohne allen Einfluß auf den schon vorhandenen Besitz. § 114 und 115 verbunden mit dem Monitum 3. (S. 198.)
3. Dagegen wirken Veränderungen in der Sache den Verlust des Besitzes, wenn durch dieselben die Wiedererlangung der verlorenen Gewahrsam gegenwärtig unmöglich geworden ist. §. 116 verbunden mit dem Monitum 3. Der § 116 enthält also den Gegensatz zu den Bestimmungen der §§ 114 u. 115.
4. Auch durch die Besitzergreifung eines Andern geht der Besitz des vorigen Besitzers verloren,
 - a. wenn die Besitzergreifung auf eine fehlerfreie Art geschehen ist, § 122,
 - b. wenn die Besitzergreifung zwar fehlerhaft, die Gewahrsam aber wegen der Verborgenheit oder Entfernung des Inhabers nicht wieder zu erlangen ist. Um von der Wahrheit dieses Satzes überzeugt zu werden, ist es nicht nöthig, daß man, wie Bornemann S. 520 sich ausdrückt, sich durch das Römische Recht blenden lasse, sondern man braucht die Sache nur sinnlich wahrzunehmen, um zu sehen, daß der Besitz etwas Factisches ist, was sich nicht nach Willkühr verwandeln läßt. — Ist dagegen der Inhaber mit der Sache anzutreffen, so gilt der Besitz nicht für verloren, weil die Gewahrsam wieder zu erlangen ist¹⁰⁾.

10) Diese Regel gilt mithin nach dem Landrecht allgemein, nach

Der Zusammenhang der bisherigen Darstellung ist also kurz dieser:

Der Besitz einer Sache dauert so lange fort, als die beliebige Reproduktion der, beim Erwerb des Besitzes erforderlichen, unmittelbaren physischen Herrschaft nicht unmöglich geworden ist. Tritt aber diese Unmöglichkeit ein, so ist der Besitz corpore verloren, ausgenommen, wenn die Sache auf eine fehlerhafte Art von Andern in Gewahrsam genommen worden, und der Inhaber in die Gewalt des bisherigen Besitzers oder des Richters gebracht werden kann, als in welchem Fall der Besitz unterdessen als fortdauernd angesehen wird.

§ 18.

2) Bei Rechten.

Bei Rechten ist die äußere Handlung, durch welche der Besitz verloren gehen kann, nach den Arten der Rechte verschieden.

- 1) Bei affirmativen Rechten geht der Besitz verloren, wenn der Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Handlung verweigert, und der Andere sich dabei beruhigt ¹⁾).
- 2) Bei negativen Rechten hört er auf, wenn der Andere die bisher vorgenommene Handlung untersagt, und der Besitzer davon auf das Verbot absteht: also wenn

dem Röm. R. nur bei Grundstücken. L. 17. pr. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.) „Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret: cum Interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat.“

1) § 126 h. t.

der Andere das entgegenstehende Untersagungsrecht erwirbt ²).

- 3) Bei Untersagungsrechten geht der Besitz verloren, wenn der Andere die Handlung, welcher der Besitzer vermöge seines Besitzes widersprechen könnte, ohne dessen Widerspruch als Recht unternimmt: also wenn der Andere den Besitz des entgegenstehenden negativen Rechts erwirbt ³).

So lange keine dieser äußern Handlungen eingetreten ist, so lange dauert der Besitz des Rechts corpore fort. Dieß ist keine Fiction, wie Grävell in der Note zum § 4 h. t. meint, sondern beruht auf dem Grundsatz, daß jeder Besitz corpore so lange fort dauert, als keine der, beim Erwerb erforderlichen, äußern Handlung entgegengesetzte Begebenheit eingetreten ist. Es ändert daher natürlich im Besitz nichts, wenn auch der Besitzer die Ausübung des Rechts willkürlich unterläßt, so wenig, wie die verlassene Gewahrsam an sich bei Sachen den Besitz aufhebt. Nur muß beides nicht aus physischer Nothwendigkeit geschehen: und in sofern ist es allerdings nöthig, daß das physische Vermögen der Ausübung nicht verloren sei. Der § 130 h. t., welcher lautet:

„Uebrigens wird der einmal erlangte Besitz eines Rechts durch die unterlassene fernere Ausübung desselben in der Regel noch nicht verloren. (Tit. 9 Abschn. 9).“

aus welchem Grävell den Besitz von Rechten fordbauern läßt, ohne daß nach dem physischen Vermögen gefragt werden soll, selöst wenn es ganz verloren gegangen wäre, bezieht sich gar nicht auf die äußere Handlung; sondern ist eine bloße interpretatio voluntatis für den Fall, daß der Be-

2) §§ 127 und 86, h. t.

3) §§ 128 und 81 ib.

sther willkürlich die Ausübung unterläßt, ohne sich über seine Absicht dabei zu äußern. In dieser Beziehung wird von diesem § gleich weiter im folgenden Paragraphen die Rede sein.

§ 19.

Von dem Verlust durch Animus.

Bei dieser zweiten Bedingung der Fortsetzung des Besitzes verhält es sich gemeinrechtlich auf ähnliche Weise, wie bei der erstern. Es ist also gar nicht nöthig, fortwährend an den Besitz einer Sache zu denken und solchen animo zu erhalten. Daher geht auch der Besitz animo nicht verloren, wenn man denselben auch vergessen hätte, oder sich desselben aus physischen Gründen, z. B. Krankheit, nicht erinnern könnte; sondern dazu ist ein positives Wollen, wie bei der Erwerbung, erforderlich, und zwar ein Wollen, welches dem, bei der Erwerbung vorhandenen, entgegengesetzt ist ¹⁾). Hiervon ist es eine natürliche Folge, daß derjenige, der überhaupt nicht fähig ist zu wollen, auch den Besitz animo nicht verlieren kann ²⁾).

Hiermit stimmt das Allg. Landrecht vollkommen überein.

Daß nach demselben der Besitz durch ein bloßes Nichtwollen, d. h. durch ein bloßes Außerachtlassen, nicht verloren geht, ergibt sich schon aus dem allgemeinen Grundsatz, daß der Besitz so lange als fortdauernd angenommen wird, als die Aufhebung desselben nicht deutlich erhellet ³⁾). Diese Aufhebung kann aber, abgesehen von der corpore geschehenen Aufhebung, von welcher im vorigen § die Rede war, nur

1) *Ein animus in contrarium actus.* L. 3 § 6, L. 17 § 1. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

2) L. 29. D. eod. — Glossa in L. 1 § 3 D. eod.

3) Allg. Landrecht I, 7, § 113.

durch die Willenserklärung des Besitzers, sei sie durch Worte oder Handlungen, erhellen. Bei solcher wörtlichen Willenserklärung, oder bei solchen Handlungen, die dieselbe nothwendig enthalten, hat die Sache keine Schwierigkeit. Dahin gehören alle Fälle des *constituti possessorii*, als bei welchem der Besitz allein und nur *animo* verloren wird, da die physische Gewalt über die Sache, ganz wie vorher, dieselbe bleibt ⁴⁾). Dasselbe findet statt bei der *Dereliction*. Denn so lange die verlassene Sache von einem Andern nicht occupirt ist, bleibt für den bisherigen Besitzer die Möglichkeit, seine vorige physische Herrschaft über die Sache zu reproduciren, noch immer unverändert. Also ist es hier sein positiver Wille, die Sache nicht mehr haben zu wollen, aus welchem sein Besitz verloren geht. Dieser Wille muß jedoch unbedingt sein ⁵⁾). Das Allg. Landrecht bestimmt solches im § 117 d. E. ganz richtig mit folgenden Worten:

4) § 59, 71—73 ib.

5) Daher war in folgendem Fall nicht eine *derelinquirte* Sache occupirt, sondern ein Diebstahl begangen. Nach einer freiwilligen Auktion erklärte der Eigenthümer, daß er die im Flur seines Hauses stehenden alten Futterkasten Jedem, wer Lust hätte, zum beliebigen Gebrauch überlasse, seinen Besitz daran aufgabe und sich nur das Eigenthum reservire für den Fall, daß er nach diesem bald zu verlassenden Wohnorte einmal zurückkehren würde.

Er und die Käufer ließen die Kästen im Flur stehen. Erst am Abend holte sie Jemand, der davon gehört hatte, ohne Rückfrage als *res vacuae possessionis* aus dem Hause ab. Der Entwender wurde ganz richtig als Dieb bestraft. Denn die Erklärung des Eigenthümers enthielt nichts anders als eine Aufforderung, sich zu melden, um die Kästen von ihm *sub reservato dominio* in Empfang zu nehmen. Er wollte also auch nicht einmal seinen Besitz aufgeben; denn der *usuarius* hat bekanntlich keinen Besitz der Sache (nach Pr. R. nur einen unvollständigen), und der Eigenthümer behält denselben (vollständigen), welchen der *usuarius* für ihn ausübt.

„Der Besitz ist verloren, wenn der Besitzer, bei Aufgebung der Gewahrsam, durch Worte oder Handlungen deutlich erklärt hat, daß er die Sache verlassen wolle.“

Grävell wirft bei diesem § in seiner Lehre vom Besitz die Frage auf:

„Ist aber die bloße Erklärung, nicht mehr besitzen zu wollen, ohne zugleich sich der Gewahrsam zu entschlagen, nicht auch schon eine Aufgebung des Besitzes?“

und beantwortet sie mit: allerdings! Wir behaupten, daß die bloße Erklärung: nicht mehr besitzen zu wollen, ohne Aufgebung der Gewahrsam den Besitz keinesweges aufhebt, den Fall ausgenommen, wenn die Sache nur zufällig in ihrem physischen Verhältniß zum bisherigen Besitzer ohne dessen Willen bleibt. Denn wenn ein Besitzer solche Erklärung abgibt, so denkt er dabei entweder an einen Andern, welchen er nunmehr als den Eigenthümer oder Berechtigten betrachtet: und dann ist dieses einer von den Fällen, wo Jemand den Besitz für einen Andern ausüben will; oder er denkt sich dabei keinen Andern. Behält er nun dennoch die Gewahrsam mit Bewußtsein, so ist dadurch eo ipso seine Erklärung aufgehoben, oder vielmehr ganz unwirksam gemacht; nam plus actum quam dictum valet, folglich ist der Besitz in demselben Augenblick wieder hergestellt. Denn in diesem Fall kann er die Gewahrsam doch nur für sich behalten wollen: und dieses ist es gerade, was die Gewahrsam zum Besitz macht.

Es ergibt sich hieraus, daß der Gesetzgeber bei solcher Erklärung nothwendig auch die Aufgebung der Gewahrsam fordern mußte, und daß also gar kein Fall denkbar ist, wo das Gesetz seine Bürger zwingen könnte, wider Willen zu besitzen, folglich ein solcher Fall auch nicht mit Still-

schweigen von der Gesetzgebung hat übergangen werden können, wie dieses alles in dem gedachten Werk behauptet ist.

Weil also zum Verlust des Besitzes durch *animus* allein, ein neues hierauf gerichtetes Wollen erforderlich ist, so kann ein solcher, welcher nicht wollen kann, auf diese Weise den Besitz nicht verlieren⁶⁾: und daraus folgt von selbst, daß Wahnsinnige, Pupillen und diesen Aehnliche, so wie überhaupt solche, welche über die Sache frei zu verfügen nicht berechtigt sind, den Besitz *animo* nicht verlieren können⁷⁾. Aber es giebt zweideutige Handlungen, welche die Absicht zweifelhaft lassen. Bei diesen nun kommt es auf eine richtige *interpretatio voluntatis* an, die das Gesetz nur dem Richter nach Bewandniß der besondern Umstände überlassen kann. Der Gesetzgeber kann hier Regeln nur zu dem Zweck geben, um dem Richter anzudeuten, wie er selbst den Fall bestimmt haben würde, wenn er sich solchen speciell gedacht hätte. An solchen Regeln fehlt es denn auch in dem Allg. Landrecht in der vorliegenden Materie nicht. Dahin gehört zunächst der allgemeine Grundsatz:

daß aus der Entfernung von der Sache allein noch nicht die Aufgebung des Besitzes geschlossen werden soll.

Wenn aber die Umstände es zweifelhaft ließen, in welcher Absicht diese Entfernung geschehen sein möchte: so liegt die Bestimmung dem *Arbitrio* des Richters ob. Diese *interpretatio voluntatis* kann nur dann in dem Geiste des Gesetzgebers gelingen, wenn sie auf dem Wege, zu welchem der Gesetzgeber in einzelnen Beispielen die Spuren vorgezeichnet hat, mit Berücksichtigung aller kleinsten Nebenumstände un-

6) Allg. Landrecht I. 7, § 114 und 118.

7) Es ist also keine Fiction, vermöge welcher der Besitz solcher Personen fort dauert, wie in der Note zu § 117 der Lehre vom Besitz von Grävell gemeint wird.

ternommen wird, wobei der geschickte Richter sich hüten wird, diese Beispiele für etwas anders als was sie sein sollen, nämlich für Winke zu halten, wie etwa der Gesetzgeber interpretirt haben würde. Dahin gehören die §§ 119—121, wonach eine Sache nicht für verlassen angesehen werden soll, so lange z. B.

- 1) dieselbe noch an einem Ort sich befindet, von dessen Zugang der Besitzer Andere auszuschließen berechtigt ist⁸⁾, oder
- 2) die Merkmale, womit das Eigenthum einer in Besitz genommenen Sache bezeichnet zu werden pflegt, an der Sache noch kennbar vorhanden sind; wogegen aber durch die Auslöschung des Zeichens allein der Besitz natürlich auch noch nicht verloren geht.

Eine Anwendung des oben gedachten allgemeinen Grundsatzes auf Rechte enthält der § 130, von welchem beiläufig schon am Ende des vorigen § die Rede gewesen ist. Danach soll aus der unterlassenen fernern Ausübung eines Rechts der Verlust dessen einmal erlangten Besitzes noch nicht gefolgert werden. Dieser tritt erst mit dem Ablauf der Verjährungsfrist ein. Anders soll die unterlassene Ausübung solcher Rechte interpretirt werden, welche nur in gewissen Jahren oder bei gewissen Gelegenheiten benutzt werden können⁹⁾, wenn keine andere ausdrückliche Erklärung

8) In Grävell's Besitz ist als Grund hierbei angeführt; „weil die Gewahrsam noch fort dauert.“ Daß aber in diesem § (119) gerade das Gegentheil vorausgesetzt wird, bedarf nach dieser Darstellung keines Beweises. — Vergl. oben S. 191 u. fg.

9) Allgem. Landrecht I. 9, § 651. „Wird eine Gelegenheit nachgewiesen, bei welcher das Recht ausgeübt werden können, und die Ausübung dennoch unterblieben ist, so ist auch diese Art der Verjährung für unterbrochen zu achten.“

des Besitzers über diese Unterlassung vorhanden ist ¹⁰⁾, oder aus andern Umständen geschlossen werden kann ¹¹⁾.

§ 20.

Von dem Verlust durch Beides zugleich.

Durch körperliche Handlung und animus zugleich geht der Besitz in allen den Fällen verloren, in welchen er durch Uebergabe zugleich auf einen Andern übergeht. Denn soweit Jemand seinen Besitz einem Andern überträgt, muß er ihn für sich selbst verlieren ¹⁾. Es folgt hieraus, daß wenn Jemand nur den unvollständigen Besitz einer Sache erwirbt, und also daneben einen Andern als Eigenthümer der in Gewahrsam erhaltenen Sache anerkennt, er in Bezug auf dessen vollständigen Besitz zugleich ein Stellvertreter desselben ist. Ein solcher unvollständiger Besitzer ist daher im Verhältniß zu dem vollständigen, von dem sich sein unvollständiger Besitz herschreibt, einem bloßen Inhaber gleich, der den Besitz im Namen eines Andern ausübt, womit sich immer ein eignes Recht des unvollständigen Besitzers gegen den vollständigen, diese Gewahrsam zu verlan-

10) § 653 ib. „Hat jedoch derjenige, welcher das Recht sich anmaßt bei der unterlassenen Ausübung ausdrücklich erklärt, daß er dieselbe nicht aus Mangel der Befugniß, sondern nur aus Gunst und Nachsicht gegen den Verpflichteten unterlasse, so ist die Verjährung nicht für unterbrochen zu achten, sondern ein dergleichen Fall wird für einen solchen, der sich gar nicht ereignet hat, angesehen.“

11) § 654 ib. „Hat der Verpflichtete die Erklärung des Berechtigten, daß er die Ausübung des Rechts bloß aus Gunst und Nachsicht unterlasse, für bekannt angenommen, so hat dieses eben die Wirkung, als wenn das Recht auch in diesem Falle wirklich ausgeübt worden wäre.“

1) I. 7. § 123 und 129. — L. 3. § 9. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2); „Et si alii tradiderim, amitto possessionem.“

gen, verträgt, wie z. B. beim Pacht- und Miethsverhältniß; und deshalb wird auch der vollständige Besitz des bisherigen Besitzers, durch Einräumung eines solchen unvollständigen Besitzes an einen Andern, fortgesetzt ²⁾).

§ 21.

Von dem Verlust des Besitzes durch Eintritt eines vitii possessionis.

Die dritte Bedingung der Fortdauer des Besitzes: daß die bei der Besitzergreifung erforderliche Fehlerfreiheit in der Form nicht aufhören muß, ist dem Allgem. Landrecht eigenthümlich. Das Aufhören dieser Bedingung läßt sich aber nur in solchen Fällen denken, wo die Möglichkeit dazu schon in der Art der Erwerbung des Besitzes selbst liegt: und dahin gehört die Uebertragung des Besitzes sub conditione resolutive, oder mit einem dies ad quem. Wenn in solchen Fällen der Besitzer den Besitz über die bestimmte Zeit fortsetzen wollte, so würde darin eine förmliche Rechtswidrigkeit liegen; und wie eine solche überhaupt die Wirkungen des Besitzes beziehungsweise aufhebt, so muß sie in gleicher Art die Fortsetzung jedes Besitzes verhindern. Daher hört mit dem Ablauf der Zeit, oder mit dem Eintritt der Bedingung, der Besitz einer Sache oder eines Rechts von selbst auf ¹⁾), wenn gleich die Gewahrsam fortgesetzt wird ²⁾), und es muß vielmehr wieder ein neuer Besitz erworben werden, wozu in diesem Fall nichts weiter, als Hebung des vitii, also der Wille dessen, von dem sich der Besitz herschreibt, erforderlich ist ³⁾). Eine besondere Folge dieser Art des Verlustes

2) § 124. h. t., „Durch Einräumung des unvollständigen Besitzes an einen Andern wird der vollständige Besitz des bisherigen Besitzers fortgesetzt.“

1) Allgem. Landrecht I. 7, § 131.

2) § 132 ib.

3) § 133 ib.

ist es, daß z. B. der Miether nach Ablauf seiner Miethszeit niemals eine Verjährung durch Besitz anfangen kann, eben weil ihm der Besitz fehlt. In den mehrsten Fällen würde ihn indeß schon die mala fides daran verhindern.

§ 22.

Von dem Verlust durch Stellvertreter.

Ueber den Verlust des Besitzes durch Stellvertreter. Von Dr. J. Löbenstern; in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß von Eude, Marezoll und von Schröter. Band IX. Heft 3. S. 388 bis 400.

Es versteht sich von selbst, daß der Besitz, wenn er durch Stellvertreter zu erwerben ist, auch durch solche fortgesetzt werden kann; und die Fälle der letztern Art sind in der Praxis bei weitem die häufigsten. Was bei diesem Verhältniß

- 1) den Besitzer selbst betrifft, so ist zur Erhaltung des Besitzes nicht nöthig, daß er selbst in dem physischen Verhältniß zur Sache bleibe, wenn nur noch seinem Stellvertreter diese unmittelbare Herrschaft bleibt ¹⁾). Dagegen leidet es keinen Zweifel, daß der Besitz, wenn er solchen nicht mehr für sich haben will, mit demselben Augenblick animo verloren gegangen sein muß, wo das darauf gerichtete Wollen entstanden ist, vorausgesetzt, daß er überhaupt den Besitz animo verlieren könne. Der wichtigste Fall dieser Art ist die sogenannte *brevi manu traditio* ²⁾).
- 2) In Betreff des der Repräsentation zum Grunde liegenden juristischen Verhältnisses findet zwischen Erwerb und Fortsetzung durch Repräsentanten kein Unterschied

1) Allgem. Pandrecht I. 7, § 111.

2) Ebend. § 70.

Statt; nur findet sich hier das Besondere, daß mit Aufhebung dieses Verhältnisses noch nicht der Besitz des bisher Repräsentirten verloren ist. Wenn z. B. bei einem Leihvertrag der terminus ad quem abgelaufen ist, so hört zwar das, der Repräsentation zum Grunde liegende, Commodat auf; aber der bisher von dem Commodatar für den Commodans fortgesetzte Besitz hört damit noch nicht auf³⁾. Unsere Quellen enthalten darüber zwar keine directe Stelle. Es ergibt sich aber aus der Natur der Sache von selbst, und bedurfte keines besondern gesetzlichen Ausspruchs.

Was aber

- 3) den Repräsentanten selbst oder die Frage betrifft: wie bloß in seiner Person der Besitz verloren werden könne: so wird sich dieß besser übersehen lassen, wenn wir die Lehre des Röm. Rechts über diesen Punkt kürzlich wiederholen, und dabei zugleich die Abweichung des Allgem. Landrechts zeigen.

Nach dem Röm. Recht kann der Besitz durch den Repräsentanten verloren gehen:

- A) an den Repräsentanten selbst. Dazu ist aber die bloße Absicht desselben, daß er nunmehr für sich und nicht mehr für den Besitzer besitzen wolle, nicht hinreichend⁴⁾, quoniam nemo sibi causam possessionis mutare potest⁵⁾. Dasselbe bestimmt das Allgem. Landrecht:

§ 69. „Wer eine Sache ursprünglich bloß für einen Andern inne hatte, kann durch seinen bloßen Willen,

3) L. 60. § 1. D. locati. XIX. 2.) — L. 20. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

4) L. 3 § 18. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

5) L. 33. § 1. De usurpat. et usucap. (XLI. 3.) — L. 2. § 1. D. pro herede. (XLI. 5.) — Gajus II. § 52 — 61. —

die Sache nunmehr für sich zu haben, den Besitz derselben nicht erlangen.“

§ 125. „Wer eine Sache für einen Andern inne hat oder unvollständig besitzt, kann Diesen seines Besitzes nur durch solche Handlungen entsetzen, welche die Eigenschaften einer neuen Besitzergreifung an sich haben ⁶⁾.“

Dazu mußte vielmehr

- 1) bei beweglichen Sachen noch *contractatio* oder Unterschlagung der Sache in diebischer Absicht kommen ⁷⁾.

Nach dem Allgem. Landrecht kann auf diese Weise der Repräsentant nicht selbst den Besitz erlangen. Allein dieß hindert nicht die Aushebung des bisherigen Besitzes; vielmehr muß diese sogleich eintreten, als es dem bisherigen Besitzer unmöglich geworden ist, die unmittelbare Herrschaft über die Sache wieder zu erlangen ⁸⁾. Folglich ist der Besitz in diesem Fall auch nach dem Allgem. Landrecht verloren, wiewohl nicht an den Repräsentanten, da vielmehr die Sache jetzt ohne Besitzer ist.

- 2) Bei unbeweglichen Sachen aber mußte der bisherige Besitzer noch das Bewußtsein von der aufgehobenen physischen Möglichkeit seiner Herrschaft erhalten; und nun standen ihm dieselben Maaßregeln frei, als wenn ein Anderer den Besitz heimlich ergriffen hätte ⁹⁾.

6) Anwendungen finden sich: I. 9. § 527. — I. 20. § 250. — I. 21. § 94. 95. 97. Vergl. Simon und v. Strampff Rechtsprüche I. S. 31. sq.

7) L. 3. § 18. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

8) Allgem. Landrecht I. 7, § 116. S. oben S. 202

9) L. 46 L. 18 § 3 und 4. L. 25. § 2. L. 3 § 7 und 8. L. 6. § 1. und L. 7. D. de acquir. vel amitt. poss. — v. Savigny Besitz. 6. Aufl. S. 408 und fig. S. 430

Nach dem Allgem. Landrecht kann auf diese Weise der Besitz unbeweglicher Güter in der Regel nicht verloren gehen, weil die Sache nicht wie eine bewegliche, dergestalt entzogen werden kann, daß sie nicht wieder zu erlangen wäre. Wo aber dieser Fall wirklich eintritt, da ist auch der Besitz nothwendig verloren.

B) Durch den Stellvertreter. Dieß geschieht nach gemeinem Recht in allen den Fällen, in welchen der Besitzer selbst den Besitz verloren haben würde, wenn er in Person die Gewahrsam gehabt hätte; also bei beweglichen Sachen, wenn der Stellvertreter die Gewahrsam verliert und nicht wieder erlangen kann, welches wir nach den schon entwickelten allgemeinen Grundsätzen auch nach dem Allgem. Landrecht annehmen müssen, (vergl. oben S. 194 bis 204);

und bei unbeweglichen Sachen, wenn er dejicirt wird¹⁰⁾. Hierüber hat das Allgem. Landrecht keine Disposition, es ist aber kein Grund abzusehen, warum die Regel des § 116 h. t. hier keine Anwendung finden sollte, da ja hier dem bisherigen Besitzer die physische Möglichkeit der Einwirkung auch genommen ist, vorausgesetzt jedoch, daß er die Gewahrsam auf keine Weise wieder erlangen kann.

Der beste Probestein aller Theorien, wie sehr sie auch auf anscheinend streng folgerechte Sätze gebaut sein mögen, ist die practische Anwendung. Im höchsten Grade gilt dieß von Rechtstheorien; und eine Rechtstheorie, welche dem Leben, der Wirklichkeit, und den Geschäften und Verhältnissen der bürgerlichen Gesellschaft — in deren genauen Kenntniß eben die ganze Rechtsgelehrsamkeit besteht — zuwider ist, ist ein unbrauchbares Ding. Der obige Satz:

daß der Besitz auch nach dem Allgem. Landrecht verloren sein müsse, wenn die sofortige Wiedererlangung

10) L. 1. § 22. D. de vi. (XLIII, 16.) — L. 44. § 2. D. eod.

rechtlich oder physisch unmöglich ist, und zwar ohne Unterschied: ob der jetzige Inhaber die Gewahrsam fehlerfrei ergriffen habe, oder nicht,

ist aber der Wirklichkeit angemessen. Daß bei der künftigen Wiedererlangung eines geraubten Besitzes derselbe als nicht unterbrochen von positiven Gesetzen fingirt und behandelt werden kann und wird, ist ein Anderes; aber daß ein Gesetz den Besitz in solchen Fällen als gar nicht verloren, vielmehr als wirklich vorhanden sollte betrachten können, ist eben so naturwidrig als unmöglich. (S. 202.) Die Abweichung des Allgem. Landrechts von dem Röm. Recht besteht daher nur darin, daß der Besitz durch die fehlerhafte Besitzergreifung eines Andern allein in keinem Falle verloren ist, sondern vielmehr noch die physische oder rechtliche Unmöglichkeit der Wiedererlangung der Gewahrsam dazu kommen muß.

Wenn dagegen der Stellvertreter aus Nachlässigkeit oder dolose bloß zugiebt, daß ein Dritter sich der Gewahrsam bemächtigt: so wird der Fall so behandelt, als wenn der Besitz heimlich ergriffen worden wäre, d. h. der bisherige Besitzer muß dieß erst erfahren und sich dabei beruhigen. Die juristischen Klassiker waren verschiedener Meinung darüber: wann durch Handlungen des Stellvertreters der Besitz verloren gehe. Africanus nahm an, daß schon das bloße freiwillige Aufgeben der Detention den Verlust des Besitzes bewirke¹¹⁾, während Julian und Paulus dieß bestritten¹²⁾. Diese Controverse entschied Justinian dahin, daß aus dem Dolus des Repräsentanten dem Prinzipal in keinem Falle ein Nachtheil entstehen solle¹³⁾. Da-

11) L. 40. § 1. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

12) L. 7. pr. D. pro emto. (XLI. 4.) — L. 3. §. 8. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

13) L. 12. C. de possess. (VII. 32.)

durch sind aber die Controversen noch nicht entschieden. Von Neuern wird nämlich behauptet, daß der Besitz durch Stellvertreter doch alsdann verloren gehe, wenn sie dolose nicht bloß die Detention aufgeben, sondern solche tradiren. Man meint nämlich: dieß sei unter den alten Juristen nicht streitig ¹⁴⁾, mithin auch nicht Gegenstand der Justinianischen Decision gewesen ¹⁵⁾. Allein die eine dolose Handlung wie die andere haben für den Prinzipal ganz gleiche Folgen: es ist kein wesentlicher Unterschied, ob Jemand in die von dem Stellvertreter dolose verlassene Sache mit oder ohne dessen Wissen und Willen eingeht. Nach der richtigen Ansicht geht daher auch durch eine dolose Uebergabe allein der Besitz derselben für den Prinzipal noch nicht verloren ¹⁶⁾.

Nach dem Allgem. Landrecht kann dieser Fall so nicht behandelt werden, weil Handlungen, welche dem Besitzer durch seiner Stellvertreter Sorglosigkeit und Unachtsamkeit unbekannt geblieben, für heimlich unternommen nicht zu achten sind ¹⁷⁾. In einem viel höhern Grade muß dieß also noch beim Dolus des Stellvertreters gelten. Daher muß in diesen Fällen der Besitz allemal verloren sein; vorausgesetzt, daß die Besitzergreifung des Dritten nicht fehlerhaft, und die Gewahr nicht wieder zu erlangen ist.

Hiernach kann die Disposition des Allgem. Landrechts über das vorliegende Verhältniß in folgende Sätze zusammen gefaßt werden:

14) Dieß soll aus L. 44. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI, 2.) hervorgehen.

15) Thibaut Besitz § 23. S. 53. Note I. Auch Donellus, Ramos del Manzano, Struve, Lauterbach, Westphal u. A. sind dieser Meinung.

16) v. Savigny Besitz 6te Aufl. S. 442. — Mühlenbruch Doctrina Pandectar. Vol. II. § 350. II. — Köbenstern a. a. D. S. 399.

17) Allgem. Landrecht I. 7, § 99.

1) Der Verlust des Besitzes an den Repräsentanten ist auf keinen Fall möglich.

2) Durch den Repräsentanten geht der Besitz verloren:

a) sowohl wenn er selbst dem Besitzer die Gewahrsam beweglicher Sachen so entzieht, daß er sie nicht wieder erlangen kann, als

b) wenn ein Dritter sich die Gewahrsam anmaßt, und zwar hier durchaus in allen Fällen, in welchen der Besitz entweder aus physischen, oder wegen der fehlerfreien Besitzergreifung des Dritten aus rechtlichen Gründen nicht wieder verlangt werden kann.

Dies gilt jedoch unbedingt nur von solchen Stellvertretern, welche eigends zum Zweck der Fortsetzung des Besitzes bestellt sind, namentlich von Verwaltern, nach Röm. Recht auch von dem Pächter und Commodatar, welche nur *nomine alieno* die Sache detiniren, während nach dem Allg. Landrecht ihnen eben so wie dem Pfandgläubiger und Emphyteuten ein Besitz zugeschrieben wird. Bevor jedoch dieses Verhältniß näher betrachtet wird, muß noch eines andern Umstandes Erwähnung geschehen. Wir haben gesehen, daß der Stellvertreter selbst den Besitz seines Herrn bei beweglichen Sachen dadurch aufheben könne, daß er aus diebischer Absicht die Gewahrsam so entzieht, daß der Herr sie nicht wieder erlangen kann. Bei unbeweglichen Sachen ist diese Besitzaufhebung durch die Handlung des Stellvertreters nicht möglich. Es bestimmt aber der § 99:

„Handlungen, welche dem Andern nur durch seine eigene, oder durch seiner Stellvertreter Sorglosigkeit und Unachtsamkeit bekannt geblieben: sind für heimlich unternommen nicht zu achten.“

Wenn nun der Stellvertreter seinem Herrn ungetreu wird, mit einem Andern colludirt und deshalb oder aus andern Gründen absichtlich nichts dagegen einwendet, daß der Andere sich der Gewahrsam bemächtigt, auch seinen Herrn natürlich davon nicht unterrichtet: soll nun diese au-

ferlich durch einen Dritten geschehene Apprehension gegen den bisherigen Besitzer für heimlich unternommen nicht gelten, und also zufolge der Bestimmung des § 122 der weder durch Gewalt, noch durch List, noch heimlich von ihm ergriffene Besitz dem bisherigen Besitzer verloren gegangen sein? Offenbar sieht diese Apprehension einer von dem Stellvertreter selbst unternommenen Handlung ähnlicher, als der Besitzergreifung eines Dritten, und es ist wol außer Zweifel, daß bei einem so grellen Fall dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, als wenn der Stellvertreter allein die Ergreifung der Gewahrsam für sich versucht hätte. Aber wenn dieß zugegeben werden muß, so geräth man auf der andern Seite bei der Anwendung in nicht geringe Schwierigkeiten. Denn nicht in allen Fällen wird sich diese Thatsache so unzweideutig dem Richter darstellen, und es wird zuletzt die Grenze nicht mehr zu finden sein, wo die Anwendung des § 122 aufhören, und wo die des § 99 anfangen soll. Abgesehen indeß von dieser Schwierigkeit in *hypothese* muß sich jedoch in *thesi* dieser Grenzpunkt feststellen lassen. Von solchen Handlungen des Dritten, welche an sich die Absicht der Verheimlichung verrathen, kann überhaupt nicht die Rede sein, weil durch diese allein bestimmt keine Veränderung in dem Besitz hervorgebracht werden kann, wenn sie auch dem Besitzer bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht hätten entgehen können, oder von seinem Stellvertreter anzuzeigen unterlassen worden sind¹⁸⁾. Aber wenn diese Handlungen von entgegengesetzter Art, und absichtlich darauf gerichtet sind, daß sie dem Besitzer bekannt werden sollen; der Stellvertreter jedoch seinen Herrn aus Absicht, also dolose davon nicht benachrichtigt, ohne daß jedoch dieser Dolus des Stellvertreters — wie in dem gedachten Fall — mit den Handlungen des Dritten in Verbindung steht: ist hier der

18) Allgem. Pandrecht § 100 h. i.

Fall des § 99 h. t. vorhanden, d. h. sind hier die Handlungen des Dritten für heimlich unternommen nicht zu achten? Man muß dieß um so mehr annehmen, als kein Grund für die Annahme einer Verheimlichung vorhanden ist. Ist dieß aber richtig, so ist jener Grenzpunkt gefunden. Es kommt dann, um den § 122 oder 99 anzuwenden, bloß darauf an: ob der Dolus des Stellvertreters mit den Handlungen des Dritten in Verbindung steht, oder nicht.

Wir kehren zurück zu der vorhin berührten Frage: von welchen Stellvertretern denn diese bisher bestimmten Grundsätze unbedingt Anwendung finden. Es ist schon angedeutet, daß dieß nur bei ausdrücklich zum Zweck der Fortsetzung des Besitzes bestellten Stellvertretern, namentlich den Verwaltern gelte; nicht aber von solchen, welche unvollständige Besitzer sind, und als solche nur den vollständigen Besitz für ihren Auctor fortsetzen. Bei diesen letztern findet der § 99, wonach Handlungen, die durch Sorglosigkeit und Nachlässigkeit dem Herrn unbekannt geblieben sind, für heimlich unternommen nicht zu halten, keine Anwendung; sondern es ist — wenn eine auf Besitzergreifung gerichtete Handlung eines Dritten nicht für heimlich unternommen gehalten werden soll — ausdrücklich erforderlich, daß der Herr selbst sie in Erfahrung bringe, oder solches doch durch seine Schuld verhindert habe.

Eine Stelle, welche dieses direkt so, wie es hier dargestellt ist, aussprache, findet sich in dem Allg. Landrecht nicht; wohl aber findet sich diese Unterscheidung in einzelnen Anwendungen. Die dahin gehörenden Stellen sind folgende:

§ 103 h. t. „Dadurch allein, daß der Pächter eines Guts auf eine, nur an ihn ergangene Aufforderung, sich zu einer gewissen Leistung verstanden hat, wird gegen den Eigenthümer der Besitz des Rechts, die

Wiederholung dieser Leistung zu fordern (eines affirmativen Rechts) noch nicht erworben.“

§ 104 ib. „Hat aber der Eigenthümer die von dem Pächter geschene Leistung gewußt; oder ist ihm dieselbe nur durch sein grobes oder mäßiges Versehen unbekannt geblieben: so hat der Andere den Besitz des affirmativen Rechts gegen den Eigenthümer erlangt.“

Hierin ist also der Grundsatz ausgesprochen, daß bei dem Pächter die Handlungen eines Dritten, welche die Besitzergreifung zum Zweck haben, zur eigenen Kenntniß des Besitzers gelangen müssen, wenn sie von Wirkung sein sollen.

§ 105 ib: „So weit einem Pächter eine Befugniß, über die Sache selbst zu verfügen, beigelegt ist; so weit kann durch seine Handlungen oder Leistungen der Besitz eines affirmativen Rechts gegen den Eigenthümer erworben werden.“

Was mit dieser Bestimmung gemeint ist, läßt sich nicht errathen, da nicht bekannt ist, daß der Pächter über die Sache selbst zu verfügen überhaupt befugt. Die Materialien geben darüber keinen Aufschluß. Suarez hielt es in Folge verschiedener Erinnerungen für nöthig, eine gewisse Zeit festzusetzen, nach deren Verlauf der Eigenthümer eines Grundstücks sich damit, daß er die von seinem Pächter geschene Leistung nicht gewußt habe, nicht mehr sollte entschuldigen können, weil es sonst unmöglich sein würde, gegen Domainen-Aemter und *pia corpora*, deren Güter fast immer verpachtet seien, den Besitz eines *juris affirmativi* zu ergreifen, folglich auch kein *summariissimum* gegen sie würde angestellt und keine *Präscription* würde angefangen werden können. Er schlug deshalb folgende Bestimmung vor:

„Ein Eigenthümer, welcher Jahre hindurch den fortgesetzten Leistungen seiner Verwalter oder Pächter nicht widersprochen hat, kann den Mangel der Wissenschaft nicht ferner vorschützen.“

Es wurde jedoch concludirt, diesen § fortfallen zu lassen und dafür folgende Bestimmung zu treffen:

„Soweit ein Verwalter veräußern kann, so weit kann durch sein Factum der Besitz gegen den Eigenthümer ergriffen werden“¹⁹⁾.

Bei der Umarbeitung des gedruckten Entwurfs wurde die Fassung so beliebt:

„So weit einem Verwalter oder Pächter eine Befugniß, über die Sache selbst zu verfügen, beigelegt ist; soweit kann durch seine Handlungen oder Leistungen der Besitz eines affirmativen Rechtes gegen den Eigenthümer erworben werden.“

Die Worte: „Verwalter oder,“ wurden gestrichen²⁰⁾, und wie an die Stelle der Worte: „eine Befugniß,“ die Worte: „die Befugniß“ in den Text gekommen sind, ergibt sich nicht. Es ist aber aus dieser Entstehungsgeschichte zu entnehmen, daß man sich den Pächter nicht bloß als Pächter, sondern zugleich als einen noch nebenher Beauftragten des Eigenthümers gedacht hat, so daß auf seine Eigenschaft als Pächter kein Gewicht zu legen ist. Dieß wird aus der „letzten Revision zu §§ 527 und 528“ der Lehre von der Verjährung klar, wo Suarez sagt:

„Nach dem Geiste des Gesetzbuches kann man, wie ich glaube, das principium annehmen:

daß zwar nicht gegen den Pächter, wohl aber gegen den administratorem, praescriptio tam extinctiva quam acquisitiva anfangen könne.

Genau genommen würde freilich wohl in Ansehung des administratoris eben dasselbe gelten müssen, was

19) Zeitschrift a. a. O. S. 267.

20) Ebend. S. 365. 366.

in Ansehung des Pächters; allein dieß würde die Präscription gar zu sehr einschränken, und den nachlässigen Eigenthümer, welcher sich um seine Sache gar nicht bekümmert, zu sehr begünstigen. Es scheinen mir daher auch die §§ 102—104 Tit. VII bedenklich zu sein.“

In diesen §§ 102—104 hieß es nämlich damals auch noch: „Verwalter oder Pächter.“ In Folge dieser Bemerkungen wurde der § 521 Tit. 9 hinzugefügt:

„Zum Nachtheil eines Grundeigenthümers kann keine Verjährung gegen den Pächter, wohl aber gegen dessen Verwalter, angefangen werden ²¹);“

und in den §§ 102—104 Tit. 7 wurden die Worte: „Verwalter oder,“ gestrichen, so daß es völlig zweifellos ist, daß die Besitzergreifung eines Dritten gegen einen Pächter dem Eigenthümer bekannt werden muß, wenn sie nicht für heimlich gelten soll. Allein die §§ 103—105 d. T. beziehen sich nur auf affirmative Rechte, und man ist zu der Frage gekommen: ob der Grundsatz auch auf negative und Untersagungsrechte angewendet werden könne. Grävell ²²) ist wegen der allgemeinen Bestimmung des § 521 Tit. 9 der Meinung, daß der Ausdruck des Landrechts viel enger sei, als die Absicht des Gesetzgebers, und das eben dasjenige, was hier von den affirmativen Rechten gesagt sei, auch auf negative und Untersagungsrechte angewandt werden müsse. Darin steht ihm Gosler's Meinung zur Seite. Dieser bemerkt nämlich auf das Monitum zu § 60 d. T. des gedruckten Entwurfs, daß diese Vorschrift, wonach der Besitz eines Rechts, etwas von dem Eigenthümer eines Grundstücks zu fordern, durch die vom Verwalter oder Pächter

21) Zeitschrift a. a. O. S. 569. 570. Vergl. Suarez amtliche Vorträge zum U. L. R. I. 21. § 91—93. (Jahrb. Bd. XLI S. 64.)

22) Besitz u. Verjährung S. 41.

geschehene Leistung nicht erworben werden könne, für bedenklich zu halten, weil dadurch die Verjährung bei allen Grundstücken, welche geraume Zeit hindurch verpachtet gewesen, fast ganz ausgeschlossen würde, Folgendes:

„Das Bedenken wird dadurch vermindert, weil das Gesetz ausdrücklich nur auf ein affirmatives Recht eingeschränkt ist. Indessen treten auch bei einem negativen Rechte und bei einem Untersagungsrechte gleiche Gründe ein. Vielleicht könnte die Schwierigkeit dadurch gehoben werden, wenn man den Erwerb eines Rechtes und die Constitution desselben mehr von dem Besitze und der bloßen Duldung unterscheidet. Ein Verwalter oder Pächter kann zwar kein Recht constituiren, allein die von ihm zugelassene Ausübung des Rechts sollte billig den Besitz eben so begründen, als ob der Eigenthümer es selbst zugelassen hätte. Warum bekümmert er sich nicht besser um sein Grundstück²³⁾?“

Die Gesetz-Revisoren sind anderer Meinung. „Es würde, sagen sie, sehr bedenklich sein, dasjenige, was von den Leistungen des Pächters gesagt ist, auf negative und Untersagungsrechte auszudehnen. Wenn z. B. der Nachbar eines verpachteten Grundstücks mehrere Jahre lang einen Weg über dasselbe benutzt hat, so ist es gar nicht abzusehen, weshalb er nicht wenigstens im Besitze sollte geschützt werden, wenn er auch nicht augenblicklich nachweisen könnte, daß er diesen Weg schon vor der Verpachtung benutzt habe²⁴⁾.“ — Hiernach scheinen sie zwar die Erwerbung des Besitzes vor der Verpachtung zu fordern, wenn überhaupt ein Besitz angenommen werden soll, denn sie reden nicht von der Zulässigkeit der Besitzergreifung während der

23) Zeitschrift a. a. D. S. 254.

24) Motive zu dem Entwurf der Zit. 2. 7 u. S. 34.

Pacht, sondern nur von dem Beweise der frühern Erwerbung; an einer andern Stelle aber, nämlich zu dem § 521 Tit. 9 sagen sie: „zu vergleichen sind dabei die §§ 103—115 Tit. 7, wonach durch Handlungen oder Unterlassungen des Pächters zwar kein Besitz affirmativer Rechte, wohl aber der Besitz negativer und Untersagungsrechte gegen den Eigenthümer erworben werden kann“²⁵⁾).

Wir halten beide Ansichten für unrichtig und sind der Meinung, daß überhaupt kein Besitz, mithin nicht bloß kein Besitz eines affirmativen Rechts, sondern gar kein Rechtsbesitz durch Handlungen gegen den Pächter zum Nachtheil des vollständigen Besitzers erworben werden kann. Daß des Pächters bloß in Beziehung auf ein affirmatives Recht ausdrücklich gedacht worden ist, beweiset für die Meinung der Revisoren, daß wol aber der Besitz eines negativen und Untersagungsrechts erworben werden könne, nichts. Wäre das bloße Stillschweigen von diesen Rechten in den gedachten Stellen ein Beweis, so würde damit auch bewiesen sein, daß durch Handlungen eines Nießbrauchers sogar der Besitz eines affirmativen Rechts gegen den Eigenthümer erworben werden könnte; denn von dem Nießbraucher ist gar keine Rede. Die Fassung der §§ 102—105 erklärt sich daraus, daß man früher den Stellvertreter und den Pächter ganz gleich gestellt und man in Rücksicht Beider eine Ausnahme bei den affirmativen Rechten gemacht hatte. Erst bei dem Vortrage des bereits umgearbeiteten zweiten Entwurfs wurde der Pächter von dem Verwalter oder Stellvertreter ganz getrennt und der gedachte § 521 Tit. 9 eingeschaltet:

„Zum Nachtheil eines Gutseigenthümers kann keine Verjährung gegen dessen Pächter, wol aber gegen dessen Verwalter, angefangen werden.“

Der Anfang der Ersizung hängt mit der Erwerbung des

25) Ebend. S. 127.

Besitzes innig zusammen; diese Bestimmung ergänzt daher die Bestimmungen über den Besitz, und es wäre eine auffallende Sonderbarkeit, wenn während der Verpachtung zwar der Besitz erworben, aber gleichwohl nicht die Ersitzung sollte angefangen werden können.

Mit dem § 521 harmoniren auch die Bestimmungen über den Nießbrauch. Das Allg. Landrecht verordnet nämlich Tit. 21 Th. I:

§ 90. „Der Nießbraucher kann, ohne Bewilligung des Eigenthümers, der Sache keine bleibenden Lasten auflegen.“

§ 91. „Es kann also auch, so lange der Nießbrauch dauert, Niemand eine Verjährung, wodurch Rechte auf die Sache erworben werden sollen, zum Nachtheil des Eigenthümers anfangen.“

Diese Disposition ließe sich nicht begreifen, wenn nicht jene Voraussetzung angenommen würde, daß nämlich der Eigenthümer selbst die unternommenen Handlungen, welche an sich den Anfang der Verjährung begründen, nicht erfahren hat, und ihm der Umstand, daß der Nießbraucher als Stellvertreter in Fortsetzung des vollständigen Besitzes solche kennt, seinen Auctor aber davon nicht unterrichtet hat, nicht nachtheilig sein soll. Denn warum sollte Jemand, welcher mit Benachrichtigung des Eigenthümers anfängt, und mit Vorwissen desselben ununterbrochen fortfährt, z. B. die Begegerechtigkeit auf einem Grundstücke, an welchem ein Anderer den Nießbrauch hat, auszuüben, während dieses Nießbrauches nicht usucapiren können, wenn sonst die Bedingungen der Verjährung vorhanden sind. Es existirt kein Grund dazu, und das Gesetz ist weit entfernt, dieß zu verordnen. Hieraus ergibt sich also der Grundsatz:

daß die Regel:

nach welcher solche Handlungen, die dem Besitzer aus Nachlässigkeit und Sorglosigkeit seiner Stellver-

treter unbekannt bleiben, für heimlich unternommen nicht zu achten,

auf solche Stellvertreter, die bloß in der Eigenschaft eines unvollständigen Besitzers den vollständigen Besitzer repräsentiren, keine Anwendung findet; und daß vielmehr bei diesen wesentlich nothwendig ist, daß dergleichen Handlungen, wenn sie wirksam sein sollen, zur Kenntniß des Besitzers selbst wirklich kommen, oder solches doch durch sein mäßiges Versehen verhindert wird.

Dieser Rechtsatz muß wol als positive Ausnahme von der Regel des § 99 h. t. angesehen werden, da solche unvollständigen Besitzer doch in Rücksicht der Erwerbung durch Verjährung als wirkliche Stellvertreter des Besitzers angesehen werden ²⁶⁾. Man hielt sie weniger zur Wahrnehmung der Gerechtsame des Besitzers, und also nicht zur Verantwortlichkeit gegen denselben aus einer Sorglosigkeit in Beziehung auf diesen Punkt verpflichtet, und nahm an, daß während der Zeit des Nießbrauchs der Eigenthümer keine Gelegenheit noch Veranlassung habe, sich darum zu bekümmern, was mit der Sache vorgehe, mithin praescriptio tanquam poena negligentiae gegen ihn nicht anfangen könne ²⁷⁾. Indes scheint sie das Gesetz doch dafür ansehen zu wollen, da es ihnen zur Pflicht macht, darauf zu sehen, daß z. B. die Grenzen nicht verrückt oder die Rechte des Guts nicht verkürzt werden ²⁸⁾; wodurch die Regress-Klage gegen sie eben so begründet sein würde, wie gegen den Verwalter.

§ 23.

Vom Verlust des Mitbesitzes durch einen Mitbesitzer.

Von dem Verluste des Mitbesitzes durch einen der Mit-

26) Allg. Landrecht I, 21, § 98.

27) S. oben S. 221 u. Suarez amtliche Vorträge. (Jahrb. B. XLI S. 64.)

28) A. L. R. I. 21 § 434.

besitzer läßt sich im Grunde eben so wenig handeln als von dem Verluste eines Besitzes durch eine Person, die auch einen Besitz an irgend einer Sache hat. Man hat jedoch wegen der physischen Verbindung bei dem Mitbesitz an eine wechselseitige Vertretung gedacht und gefragt: in wiefern der Eine Mitbesitzer durch seine Handlungen oder Duldungen den Andern beeinträchtigen könne.

1. Was den Verlust des Mitbesitzes durch einen Mitbesitzer an einen Dritten betrifft, so ist davon nur in Beziehung auf den Rechtsbesitz die Rede, gerade so wie bei dem Stellvertreter auch nur diese eine Beziehung hervorgehoben worden ist. Der ungedruckte Entwurf hatte diese Bestimmung:

§ 92. „Mitbesitzer gemeinschaftlicher Sachen werden, der Regel nach, durch ihre Handlungen oder Duldungen nur auf ihren Antheil verpflichtet.“

Dazu bemerkte Suarez:

„Dieser § ist zu generell und daher dunkel gefaßt. Der Sinn ist eigentlich der:

der Besitz eines Rechtes auf eine Mehreren gemeinschaftliche Sache wird durch die Handlungen oder Duldungen einzelner Mitbesitzer der Sache in der Regel nur auf ihren Antheil erworben.

Sodann ist nicht bestimmt, was Statt finde, wenn mehrere Mitbesitzer eine Sache pro indiviso besitzen, z. E. mehrere condomini eines Hauses. Hier glaube ich, daß, wenn nur von Erwerbung des Besitzes eines Rechtes die Rede ist, das Handeln oder Dulden des einen condomini dem Andern präjudicire.“

Suarez wollte also den Einen Mitbesitzer für den Stellvertreter des Andern ansehen, denn so nur läßt sich seine Meinung erklären; gleichwohl aber wollte er dieses wieder

nur in dem Falle gelten lassen, wenn von Erwerbung eines Rechtsbesitzes die Rede ist. Es wurde jedoch concludirt:

„In re indivisa kann einer der Mitbesitzer dem Andern durch seine Handlungen oder Duldungen nichts vergeben ¹⁾.“

Gegen diese in den gedruckten Entwurf § 70 aufgenommene Bestimmung erinnerte die Magdeburgische Regierung:

„Aber wie, wenn es causa individua ist?“

und Gossler bemerkte dazu: „Dürfte Erwägung verdienen ²⁾.“ Dieß blieb jedoch unberücksichtigt und die in dem umgearbeiteten Entwurf getroffenen Bestimmungen sind unverändert in das Allg. Landrecht aufgenommen worden, nämlich:

§ 88. „Mitbesitzer gemeinschaftlicher Sachen werden durch ihre Handlungen, Unterlassungen oder Duldungen nur auf ihren Antheil verpflichtet.“

§ 89. „Ist die Sache, auf welche der Besitz eines Rechts erworben werden soll, an sich untheilbar, oder sind die Mitbesitzer derselben in ungetheiltem Besitze, so kann einer von ihnen, durch seine Handlungen oder Duldungen dem Andern nichts vergeben.“

Diese Bestimmungen beziehen sich nach dem Marginale und der Stellung nur auf die Erwerbung des Besitzes eines Rechts, sie sind aber nichts anders als Folgen aus der rechtlichen Beschaffenheit des Mitbesitzes, und daraus ergibt sich von selbst, daß das Nämliche auch von dem Sachbesitz gilt.

2. Der Verlust des Mitbesitzes an einen Mitbesitzer selbst hat gar nichts Besonderes. Es kommt jedoch in der Praxis zuweilen in Frage: ob bei Theilungen gemeinschaftlich

1) Zeitschrift a. a. D. S. 146.

2) Ebend. S. 262. 263.

bessener Sachen der Mitbesitzer, dem andere Antheile gegen eine Abfindung überlassen werden, sich diese Antheile erst noch müsse übergeben lassen, um den Besitz und dadurch Eigenthum zu erwerben. Die Sache ist eigentlich nicht zweifelhaft, weil der Besitz eines jeden Mitbesitzers ein Besitz für sich ist, und mithin von einem Andern eben so wie jeder Besitz überhaupt durch Besitzergreifung und Absicht erworben werden muß. Dieß bestimmt auch das Allg. Landrecht Th. I. Tit. 17 § 103 ausdrücklich:

„Eigenthum und Gefahr in Ansehung des Ganzen gehen bei Theilungen nur eben so, wie bei Kaufverträgen in Ansehung körperlicher Sachen, und bei Cessionen in Ansehung der Rechte, auf den Uebernehmer des Ganzen über.“

Jeder Mitbesitzer muß also seinen Antheil dem Mitbesitzer, der das Ganze bei der Auseinandersetzung übernimmt, allerdings besonders übergeben, d. h. der Theilungsact allein überträgt noch nicht den Besitz und das Eigenthum der abgefundenen Mitbesitzer.

Vierter Abschnitt.

Von den Schutzmitteln des Besizes.

§ 24.

Im Allgemeinen.

Die Lehre vom Besiz, dessen Erwerbung und Verlust, ist nunmehr vollständig abgehandelt. Es ist noch für den letzten Abschnitt die Darstellung der, von den Gesezen angeordneten Schutzmittel übrig. Das Allg. Landrecht hat auch hierin bedeutende Abweichungen, welche theils absichtlich bestimmt, theils aus den eigenthümlichen theoretischen Ansichten früherer Lehrer des gemeinen Rechts hervorgegangen zu sein scheinen.

Am einfachsten wird diese Materie übersehen werden können, wenn wir auch hier von den sich im Röm. Recht vorfindenden Instituten ausgehen, solche historisch bis auf die neueste Zeit verfolgen, und ihnen die Anordnungen des Allg. Landrechts anknüpfen.

Im Allgemeinen ist vorher zu erinnern, daß — wie schon seines Orts bemerkt worden ist — das Röm. Recht nur den wirklichen Besiz als solchen, nicht die bloße Detention¹⁾ schützt, und zwar nur gegen gewisse, schon ihrer Form nach widerrechtliche Verletzungen (*vi, clam, precario*).

1) Es versteht sich von selbst, daß darum nun nicht die Gewaltthätigkeit gegen den Detentor in Bezug auf seine Detention erlaubt war. Nur ein possessorisches Rechtsmittel zum Schutz seiner Detention hatte er nicht.

Die possessorigen Rechtsmittel also setzen eine solche rechtswidrige Verletzung des Besitzes voraus, und sind daher eigentliche *actiones ex delicto*. Denn wenn ein Besitzer auf andere Weise den Besitz verloren hatte, so konnte jedes andere Rechtsmittel nach Verschiedenheit der Natur des zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisses begründet sein: ein possessoriges Rechtsmittel war es nicht.

Das Allgem. Landrecht betrachtet schon die bloße Gewahrsam als einen Gegenstand des Rechts, welche nicht bloß gegen willkürliche, ihrer Form nach schon widerrechtliche Störungen gesichert werden müsse; sondern auch gegen Jedermann, der dazu ein schwächeres Recht habe, als der Inhaber, verfolgt werden könne. Zu dem letztern Zweck dient aber keinesweges ein eigenthümliches possessoriges Rechtsmittel, indem die bloße Gewahrsam als solche keine Klage auf Wiedererlangung derselben begründet, daher hierbei praktisch auch wirklich keine Abweichung vom Röm. Recht Statt findet; sondern es findet in denjenigen Fällen, wo die Erfordernisse der *actio in rem Publiciana* fehlen, im Grunde keine andere Klage statt, als welche das, der Gewahrsam zum Grunde liegende, Geschäft in jedem gegebenen Fall mit sich führt (§ 30). Der Grund davon, daß dem Inhaber die possessorigen Rechtsmittel zugestanden sind, liegt darin, daß man sich unter dem Inhaber den *possessor naturalis*, und unter dem Besitzer den *possessor civilis* des Röm. Rechts gedacht hat (§ 3 C. 36). Nach dem Allg. Landrecht lassen sich drei Arten von Inhaber unterscheiden:

1. Diejenigen, welche im Namen eines Andern besitzen wollen,
2. Diejenigen, welche gar keinen Willen oder doch keine bestimmte Absicht haben,
3. Diejenigen, welche mit der Gewahrsam die Absicht verbinden, den Gegenstand für sich selbst zu haben,

welchen aber wegen einer fehlerhaften Besitzergreifung der Besitz, d. h., nach der dem Landrecht zum Grunde liegenden Vorstellung, der Civilbesitz (*possessio civilis*) abgesprochen ist.

Allen stehen die possessoriſchen Klagen zu, eben ſo wie ſie dem *possessor naturalis* oder dem *possessor* ſchlechthin, im Gegenſatz zum *possessor civilis* des Röm. Rechts zuſtehen, mit der Maßgabe, daß der Inhaber der erſten und dritten Art mit der Klage nicht gegen den, dem der Beſitz zuſteht, durchdringen kann. (§ 5. No. II.)

Die possessoriſchen Rechtsmittel ſind unverändert auch auf den Beſitz von Rechten ausge dehnt. Dieß verſteht ſich jedoch nur von ſolchen Rechten, woran ein Beſitz in der Art, daß eine gewaltsame, liſtige oder heimliche, oder eine bittweiſe Störung deſſelben gedacht werden kann, möglich iſt. Dieß iſt bei bloß obligatoriſchen Rechten nicht der Fall. (§ 7.) Merkel²⁾ und Grävell³⁾ haben behauptet, daß ſogar dem entlaſſenen Dienſtboten das *possessorium summariſſimum* gegen den entlaſſenden Dienſtherrn zuſtehe. Wäre dieſes richtig, ſo hätten die Dienſtherrn ſo gut wie gar keinen Schutz für ihr hauſherrliches Recht. Denn daß der entlaſſene Dienſtbote in *possessorio* gewänne, wenn der Satz, daß eine ſolche Klage Statt finde, einmal anerkannt iſt, würde wol nicht ſchwer halten; aber daß der Dienſtherr darauf in *petitorio* (!) ausführte, Grund zur Entlaſſung zu haben: das ſo lange hinzuziehen, bis die Dienſtzeit lange abgelaufen, würde wol eben ſo wenig ſchwer werden. Unterdeſſen hätte der Dienſtherr, wenn er endlich auch Recht behielte, ſich einen Dienſtboten aufdringen laſſen

2) Commentar z. A. L. R. Th. II. Tit. 5. § 160. 186; Commentar z. A. G. D. Th. I. Tit. 31. § 1.

3) Die Lehre vom Beſitz § 153. Note * C. 112.

müssen, der ihm vielleicht den Hausfrieden kostet. Diese Meinung wird aber durch keine Bestimmung der Gesinde-Ordnung unterstützt. Ebenso führt die Anwendung der possessorischen Klagen auf obligatorische Rechte auch bei andern Verhältnissen zur Absurdität. Denn jeder Contrahent ist im Besitze des Rechts, von dem Andern die Erfüllung zu fordern; und dieser Besitz wird also gestört, wenn der Andere widerspricht. Die Possessorienklage müßte also ein Universal-Rechtsmittel sein, und jede Kontraktklage auf Erfüllung überflüssig machen. Und welche Possessorienklage sollte hier passen? Soll die in Rede stehende Störung als *vi*, oder soll sie als *clam*, oder soll sie als *precario* geschehen betrachtet werden? — Bei wiederkehrenden Leistungen zeigt sich die Anwendung eben so unthunlich. Sollte hier die Besitzklage zulässig sein, so würde sich das Verhältniß so stellen: Ein Werkmeister, Schiffer, Fuhrmann, oder Handarbeiter, der auf längere Zeit für gewisse wiederkehrende Geschäfte gedungen ist, oder ein Arzt, hat auf Grund des Vertrags schon Leistungen gethan, und wird von dem *Conductor operarum* nicht mehr beschäftigt; er will also das Possessorium anstellen. Soll er wegen gewaltsamer, oder wegen heimlicher, oder wegen bittweiser Besitzstörung klagen? Gesezt, danach würde nicht gefragt und der Geschäftsherr verurtheilt, die fernern Dienste dieses Besitzers anzunehmen, und gesezt, ein solches Urtheil ließe sich vollstrecken. Wie käme jetzt der also Gezwungene zu seinem Rechte? Durch das *Petitorium*. Er muß also klagen und ausführen: daß er die Dienste, die ihm schon aufgezwungen worden sind, nicht anzunehmen brauche! Wie soll nun die Sache, wenn er obtinirt, wieder ins Gleiche gebracht werden?

Man hat die Zulässigkeit der Besitzklagen bei Rechten aus dem § 4. Tit. 15. Th. I. des Allgem. Landrechts beweisen wollen. Hier ist bestimmt:

„In wie fern der Besitzer eines Rechts diesen seinen Besitz gegen einen Andern, der sich eben dasselbe anmaßet, verfolgen könne, ist nach gleichen Regeln, wie bei dem Besitze körperlicher Sachen, zu beurtheilen.“

Daß diese Stelle sich gar nicht auf obligatorische Rechte beziehen kann, zeigen schon die Worte: „gegen einen Andern, der sich eben dasselbe Recht anmaßet,“ deutlich. Denn ein obligatorisches Recht kann sich kein Anderer anmaßen, und es kann auch nicht gegen einen solchen Andern verfolgt werden; der Andere ist bei obligatorischen Verhältnissen der Debitor, und der Debitor kann sich das Forderungsrecht seines Creditors nicht anmaßen. Nur eine nicht zu Recht beständige Uebertragung (Cession) des Forderungsrechts durch einen nicht legitimirten Cedenten, oder die Einziehung der Forderung auf Grund einer unrichtigen Legitimation ist denkbar. In diesen Fällen kann aber der wahre Gläubiger gegen einen solchen Dritten keine Besitzklage gebrauchen.

Hieraus erhellet, daß die Besitzklagen nur bei solchen Rechten anwendbar sind, deren Besitz vi, clam oder precario verletzt oder gestört werden kann; und dieß ist nur bei absoluten oder solchen Rechten denkbar, welche eine Ausübung (quasi possessio) gestatten, ohne dadurch an ihrer Fortdauer zu verlieren. (§ 7.)

Der Gegenstand der Besitzklagen ist jetzt im Allgemeinen bestimmt. Es giebt aber auch ein Subject, gegen welches dieselben in der Regel unstatthaft sind. Dieß ist der Fiskus. Es sind keine Possessorienklagen über executivische Maßregeln der Regierungen zulässig, weder gegen den Fiskus, noch gegen Corporationen (Collegien) oder Privatpersonen. Bei der von der fiskalischen Verwaltungs-Behörde beliebten Maßregeln muß es so lange verbleiben, bis die

Sache im Petitorium völlig rechtskräftig entschieden ist. Nur wenn das Besizrecht contractlich feststeht, kann vor beendigter Besizzeit die Ermission nicht anders als durch Urtheil und Recht des ordentlichen Richters festgesetzt werden und erfolgen. Gegen eine in diesem Falle durch die fiscalische Behörde unternommene Ermission würde also die Besizklage stattfinden ⁴⁾. Eine zweite Ausnahme gilt bei fiscalischen Grundstücken, welche sich seit 44 Jahren im ruhigen Besize einer Privatperson befinden. Dieser Besiz soll geschützt werden, bis die Sache im Petitorium ausgemacht worden ist ⁵⁾.

Die Rechte des Besizes können gerichtlich und außergerichtlich geschützt und verfolgt werden.

Das außergerichtliche Mittel ist die Selbsthülfe.

Die gerichtlichen Mittel haben ihren Grund entweder in einer rechtswidrigen Verletzung, oder nicht.

Zum Schutz gegen gewisse rechtswidrige Verletzungen sind die Römischen Interdicte im Allgemeinen anerkannt. Eine solche Verletzung kann entweder den Besiz bloß stören: und für diesen Fall dienen die *interdicta retinendae possessionis*; oder sie hebt die Gewahrsam völlig auf: und hier finden die *interdicta recuperandae possessionis* Anwendung. Daß das Allgem. Landrecht nur ein einziges possessorisches Rechtsmittel kenne, welches die *interdicta recuperandae* und *retinendae possessionis* umfasse ⁶⁾, läßt sich so we-

4) Verordnung v. 26. December 1808, § 4. 14. 41.

5) A. L. R. II. 14. § 39. 40. — Koch Recht der Preuß. Domainen, S. 206—209.

6) Bornemann, Civilrecht, Bd. I. S. 531. Vermuthlich ist dieß eine Wiederholung der Aeußerung Gösler's, daß die Possessorienklagen, wenn man das *summariissimum* annehme, im Corp. jur. Frid. P. II. tit. 7. mit Recht abgeschafft seien. Zeitschrift a. a. D. S. 262. Dieß bezieht sich bloß auf die Prozeßarten, nicht auf die materiellen Verschiedenheiten der Klagen.

nig behaupten, als daß es nur ein einziges petitorisches Rechtsmittel gebe, welches alle mögliche Klagen umfasse. Das Possessorium summarissimum des Preuß. Rechts umfaßt die verschiedenen interdicta retinendae possessionis, die interdicta recuperandae possessionis dagegen werden als Spolien-Sachen angesehen. Für die nach ihrem Grunde und Zwecke sehr verschiedenen Besitzklagen ist das nämliche Verfahren vorgeschrieben, unter dem Titel: Vom Verfahren im Possessorio summarissimo und in Spolien-Sachen. Durch diese Vereinfachung des Verfahrens ist aus den verschiedenen Besitzklagen so wenig ein einziges possessorisches Rechtsmittel geworden, als die verschiedenen petitorischen Klagen, für welche eine gewisse Prozeß-Art, z. B. der ordinaire Prozeß vorgeschrieben ist, ein und dasselbe petitorische Rechtsmittel genannt werden können.

Wenn keine rechtswidrige Verletzung der Gewahrsam das Rechtsmittel begründet, so können, wie gedacht, nach der Natur des der Gewahrsam zum Grunde liegenden Rechts noch andere Klagerechte die Wiedererlangung der Gewahrsam sichern; diese Klagen sind jedoch keine possessorischen Rechtsmittel.

In diesem Abschnitte sollen nun dargestellt werden:

1. die Selbsthülfe zum Schutz der Gewahrsam (§ 25 u. 26),
2. die interdicta retinendae possessionis (§ 27),
3. die interdicta recuperandae possessionis (§ 28),
4. die Form des possessorischen Prozesses (§ 29),
5. die Actio in rem Publiciana und die sonstigen Klagen auf Wiedererlangung der Gewahrsam (§ 30).

§ 25.

Von der Selbsthülfe zum Schutz der Gewahrsam.

1. Eigentliche Selbsthülfe.

Der außergerichtliche Schutz gegen Beunruhigungen in der Gewahrsam kann nicht bloß durch Thätlichkeiten

(Selbsthülfe), sondern nach den Umständen auch durch Worte (Widerspruch) gehandhabt werden.

Es läßt sich nicht behaupten, daß schon mit der Existenz des Staats und des Richteramts jede auf Selbsthülfe gerichtete Handlung unerlaubt sei. Das Röm. Recht hat kein Verbot der Selbsthülfe im Allgemeinen und kein allgemeines Strafgesetz gegen dieselbe; man findet daher auch keine Bezeichnung und keine Definition der Selbsthülfe. Nur einzelne, Handlungen der Eigenmacht hindernde, Strafbestimmungen enthalten die Gesetze des Röm. Rechts über Gewalt, und die beiden, speciell gegen die Selbsthülfe des Gläubigers gegen den Schuldner, und des Eigenthümers gegen den Besitzer, also auch nur für zwei bestimmte Verhältnisse gegebene Bestimmungen des Kaisers Marcus in der L. 7. D. ad Leg. Jul. de vi privata, (XLVIII. 7), wiederholt in der L. 13. D. quod met. causa (IV. 2.) (Decretum divi Marci), und Valentinian's in der L. 7. C. unde vi (VIII. 4.) vom Jahre 389, welche, außer der Strafverfügung, bloß eine Anwendung des *interdicti unde vi* auf bewegliche Sachen enthält¹⁾, daher denn auch der bloße Inhaber nicht auf Restitution klagen konnte²⁾. Zum Schutz

1) v. Savigny a. D. S. 528 und fig. — Benfey Beiträge zur Lehre von der Selbsthülfe; im Rhein. Mus. Bd. VII. S. 35.

2) Bornemann sagt in seinem System, Bd. I. S. 465: „Durch die kaiserlichen Constitutionen gegen die Selbsthülfe wurde übrigens indirect dem Detentor ein ähnlicher Schutz wie dem Besitzer gewährt, ihm aber lediglich in Folge des formalen Unrechts, dessen sich ein Anderer schuldig machte. Denn da jedweder, welcher sich *propria auctoritate* einer Sache bemächtigt hatte, dieselbe unbedingt restituiren sollte, so konnte nun auch der Detentor, wenn gleich nur auf den Grund der von dem Anderen begangenen Verletzung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit, auf Restitution der entzogenen Sache klagen.“ Welche Constitutionen mögen damit gemeint sein?

des Besitzes war die Selbsthülfe durchaus unverboden, und konnte in gewissen Fällen sogar in Form des Angriffs ausgeübt werden, wenn dieß nur in *continenti* geschah.

Das Allgem. Landrecht geht von dem Grundsatz aus, daß die Selbsthülfe durch das Dasein der Staatsverbindung so weit unerlaubt werde, als die Hülfe des Staats zur Abwehrung oder Ausgleichung der Rechtsverletzungen ausreicht; und bestimmt in der Einleitung

§ 78. „Die Selbsthülfe kann nur in dem Falle entschuldigt werden, wenn die Hülfe des Staats zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens zu spät kommen würde;“

und im Criminalrecht in Beziehung auf die Nothwehr:

§ 521. „Lebensgefährliche Beschädigungen des Angreifenden sind nur erlaubt, wenn gegen dessen Beleidigung die Person des Angegriffenen anders nicht geschützt werden kann.“

§ 522. „Dieß findet auch zur Vertheidigung des Besitzes statt, wenn sonst der Schade unerseßlich sein würde.“

Die Beschränkung: „wenn sonst der Schade unerseßlich sein würde,“ ist unpractisch in der Anwendung. Soll Jemand seine Sachen, von einem Räuber, den er kennt, und der des Vermögens ist, Ersatz zu leisten, sich geduldig abnehmen lassen?

Klein und Kircheisen hatten in ihren Entwürfen die Sache ungefähr auf dieselbe Weise ausgedrückt, wie die Römischen Juristen über die Anwendung des Grundsatzes von der erlaubten Selbsthülfe auf den Besitz sich äußern, nämlich es sollte

1. ein jeder Inhaber das Recht haben, seinen Besitz gegen Beeinträchtigungen Anderer durch Selbsthülfe zu schützen;

2. die Selbsthülfe selbst alsdann stattfinden, wenn auch der Besitzer schon aus dem Besitze vertrieben worden; jedoch die eigenmächtige Wiedereinnahme des Besitzes nur auf frischer That geschehen³⁾). Als auf frischer That geschehen sollte es angesehen werden, wenn das mit der gegenseitigen gewaltsamen Besitznehmung verknüpfte Handgemenge, oder der dieselbe begleitende Wortwechsel, noch nicht beendigt worden⁴⁾); ingleichen, wenn die Besitznehmung in Abwesenheit des Besitzers geschehen, und dieser auf die erste davon erhaltene Nachricht hinzugeeilt, um sich in seinem Besitze zu erhalten⁵⁾). Kircheisen wollte aber in dem zweiten Falle die Selbsthülfe nur beschränkt gestatten, und schlug die Bestimmung vor, daß nach gänzlich vollzogener Gewaltthätigkeit die Wiedererwerbung des Besitzes nur durch Hülfe des Richters geschehen dürfe⁶⁾). Hiergegen bemerkte Suarez richtig: dadurch werde die Bestimmung, daß die Selbsthülfe auch alsdann Statt finde, wenn der Besitzer schon aus dem Besitze vertrieben worden, wieder aufgehoben, „denn, sagt er, ist die Gewaltthätigkeit vollendet, so ist auch der Besitz verloren. Selbsthülfe ist also immer nur pro defendenda possessione erlaubt. Das übrige fließt aus dem General-Prinzipie, daß die Selbsthülfe dann Statt finde, wenn die Hülfe des Staats nicht schleunig erfolgen kann,

5) L. 3. § 9. D. de vi. (XLIII. 16.) „— confestim, non ex intervallo. — ex continenti.“

4) In der gemeinrechtlichen Praxis findet man auch angenommen, daß die gewaltsame Wiedereinnahme des Besitzes auch dann noch als in continenti geschehen zu betrachten, wenn der Vertriebene erst Hülfe zusammengeholt und, sobald er diese aufbringen können, den Dejector wieder hinausgeworfen habe. Horn, Sent. et resp. Cl. VIII. arg. 2. — Jcti Tüb. Vol. II. cons. 172. n. 59.

5) L. 18. § 3. 4. D. de acq. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

6) § 679, Zeitschrift a. a. D. S. 89.

einen unwiederbringlichen Schaden abzuwehren.“ Er schlug in dem von ihm umgearbeiteten Entwurfe folgende Bestimmungen vor:

§ 142. „Gegen Gewalt muß jeder Inhaber geschützt werden.“

§ 143. „Er ist berechtigt, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, wenn die Hülfe des Staates zu spät kommen würde, einen unerseßlichen Verlust abzuwenden.“

§ 144. „Unter gleichen Umständen kann auch der verlorene Besitz eigenmächtig wieder ergriffen werden.“

Zu § 144 bemerkte Heidenreich:

„Diesen § würde ich gänzlich weglassen. Unter dem Vorwande der zu spät kommenden Hülfe des Staates kann man Niemand erlauben, Sachen, deren Besitz er bereits verloren, eigenmächtig mit Gewalt wieder an sich zu bringen; oder es wird Gelegenheit gegeben, die größten und gefährlichsten Gewaltthätigkeiten auszuüben. Ein Anderes ist, seinen Besitz vertheidigen, ein Anderes aber, solchen einen Andern nehmen.“

Suarez sagte darauf: „Die Sache ist allerdings delicat, und es scheint mir das Rathsamste, sich darüber im Gesetzbuche gar nicht positiv herauszulassen. Ich würde oben, wo von Conservation des Besitzes die Rede ist, den Satz inseriren:

So lange eine bewegliche Sache sich noch in Gegenwart des bisherigen Besitzers befindet, bleibt selbiger im Besitze, wenn gleich ein Anderer die Sache in seine Gewahrsam genommen hat.

Wenn nun hiernächst im § 143 gesagt wird, daß Jemand pro conservanda possessione Gewalt mit Gewalt abwehren könne, so folgt von selbst, daß ich dem Diebe, der mir das

Schnupftuch aus der Tasche ziehet, solches in *continenti* wieder entreißen kann.“ Auf Grund dieser Bemerkungen schlug er folgende Fassung vor:

„Unter gleichen Umständen kann auch der vorige Besitzer sich der in den Gesetzen erlaubten Selbsthülfe bedienen ⁷⁾.“

Diese Vorschriften wollten einige Momente mehr ausdehnen, andere mehr einschränken. Den letztern trat G^oßler bei, und meinte, daß es in einem wohlgeordneten Staate einer solchen gefährlichen Erlaubniß zur Ausübung von Privatgewalt nicht bedürfe ⁸⁾. Allein Suarez stimmte für die Beibehaltung des Entwurfs, weil es gar zu viele Fälle gebe, wo dem auch in der bürgerlichen Gesellschaft lebenden Menschen der Rücktritt in den *statum naturalem* nicht versagt werden könne, z. B. der unbekannte Dieb, der ihm den Beutel aus der Tasche nehme ⁹⁾. In Folge dieser Erörterungen bestimmt das Allg. Landrecht h. t.:

§ 141. „Gegen Gewalt muß jeder Inhaber und Besitzer geschützt werden.“

§ 142. „Er ist berechtigt, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, wenn die Hülfe des Staats zu spät kommen würde, einen unersehblichen Verlust abzuwenden.“

§ 143. „Unter gleichen Umständen kann auch der, welcher seiner Gewahrsam oder seines Besitzes mit Gewalt entsetzt worden, sich der in den Gesetzen erlaubten Selbsthülfe bedienen.“

Was mit der letztern Bestimmung gemeint ist, ersieht man aus der vorhin angegebenen Bemerkung Suarez's, nämlich: es kann Derjenige, dem die Gewahrsam entzogen wor-

7) Ebend. S. 157.

8) Ebend. S. 279.

9) Ebend. S. 284 no. 3.

den ist, sich dieselbe mit Gewalt wieder verschaffen, so lange die Sache noch in seiner Gegenwart ist, weil in dem Falle die Gewalt nur zur Vertheidigung des noch fortdauernden Besitzes dient. Dagegen ist die Selbsthülfe unerlaubt, wenn die Sache der Gegenwart des Besitzers schon gänzlich entzogen worden. In diesem Falle kann also der Besitz nur mit Hülfe des Richters wieder erlangt werden. Davon gilt jedoch eine Ausnahme mit dem Besitzer in Beziehung auf den für ihn detinirenden Inhaber. „Zwar können diese Rechte, sagt Suarez in der Umarbeitung des gedruckten Entwurfs, auch einem solchen Inhaber gegen jeden tertium zugestanden werden, nicht aber indistincte gegen den, *ejus nomine possidet*. Dieser ist berechtigt, ihn der Gewahrsam auch *propria auctoritate* wieder zu entsetzen; und diese seine Befugniß leidet bloß diejenigen Schranken, welche die Aufrechthaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit erfordern, und welche die Ausübung eines jeden Nothrechtes, daß nämlich solches *ultra casum necessitatis* nicht extendirt werden darf, erfordern. Gegen einen solchen Besitzer kann also der bloße Inhaber sich mit Gewalt nicht vertheidigen; er kann keine Spolienklage, kein *possessorium summariissimum* wider ihn anstellen, sondern der Besitzer, welcher sich der Gewahrsam aus eigener Macht wieder angemäßt hat, wird nur dem Staate, in sofern dabei die vorgeschriebenen Schranken überschritten worden, verantwortlich. So kann z. E. mein Bedienter, dem ich Geld auf die Post zu tragen gegeben habe, sich nicht widersetzen, wenn ich ihm solches, allenfalls auch mit Gewalt, wieder abnehme ¹⁰⁾.“ Nach dieser Theorie sind bei der Umarbeitung folgende Bestimmungen des Allg. Landrechts hinzugesetzt:

§ 144. „Den bloßen Inhaber kann der, in dessen

10) Ebend. S. 283.

Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam aus eigener Macht zu allen Zeiten entsetzen.“

§ 145. „Doch darf auch ein solcher Besitzer einer unerlaubten Privatgewalt, wodurch die öffentliche Ruhe und Sicherheit gestört, oder der Inhaber in seinen anderweitigen Gerechtsamen beeinträchtigt wird, sich nicht bedienen.“

In diesem Falle des § 144 kommt es auf die Voraussetzungen des § 142, daß die Hülfe des Staates zu spät kommen, und daß der Verlust unersehrlich sein würde, durchaus nicht an. Dieß zeigt sich schon an der rechtlichen Natur des vorausgesetzten Verhältnisses der Stellvertretung. Ein Gutsherr z. B., welcher seinem ungetreuen Verwalter das ihm zur Bewirthschaftung übergebene Gut so lange überlassen müßte, bis er mit ihm den Prozeß durch alle Instanzen geführt und der Richter endlich die Execution vollstreckt hätte, wäre seiner hausherrlichen Rechte völlig beraubt. Die Meinung des Herrn Grävell, nach welcher die eigenmächtige Entsehung des Inhabers nur dann Statt finden soll, wenn die Hülfe des Staates zu spät kommen würde, einen unersehrlichen Verlust abzuwenden, und daß auch einem solchen Inhaber das *remedium possessorium* zustehe¹¹⁾, hat daher die Natur der Sache wider sich und würde dahin führen, daß die Bestimmungen der §§ 144. 145 ohne alle Wirkung wären, indem jeder Schaden am Vermögen juristisch zu ersehen ist. Außerdem aber ergiebt sich die Richtigkeit unserer Meinung und die Grundlosigkeit der Grä-

11) Lehre vom Besitz, S. 58, Note ***. Dort heißt es zur Erklärung des § 145 unter Andern, am Schluß: „Wenn aber Herr Merkel der Meinung ist, daß dem durch Gewalt ermittelten Inhaber kein *Remedium possessorium* gegen den ermittelnden Besitzer zustehe; so hat derselbe den § 146 ganz offenbar übersehen.“ — Dieser § bezieht sich durchaus gar nicht auf die §§ 144. 145.

vell'schen Theorie jetzt überzeugend aus den vorhin mitgetheilten Materialien, wonach gerade die Absicht darauf gerichtet gewesen ist, durch die eingeschalteten Bestimmungen dieser §§ für das Verhältniß der Stellvertretung eine Ausnahme von der Bestimmung des § 142 festzusetzen. Die Praxis hat dieß auch ganz richtig verstanden. Jemand hatte sein Fuhrwerk einem Andern in Verwaltung gegeben. Als er solches zurück haben wollte, verweigerte der Administrator die Zurückgabe unter dem Vorwande, daß ihm vorher erst gekündigt werden müßte. Der Herr nahm nun eigenmächtig die Pferde aus dem Stall, nachdem er vorher die verschlossene Stallthüre gewaltsam geöffnet hatte, spannte sie vor den Wagen und eignete sich so die Gewahrsam des Fuhrwerks wieder zu. Auf die Denunciation des Verwalters wurde gegen ihn wegen unerlaubter Selbsthülfe die Untersuchung verfügt, er wurde aber auf Grund des § 145 h. t. von Strafe und Kosten völlig freigesprochen¹²⁾. — Uebrigens versteht es sich, daß der Besitzer auch ein possessorisches Klagerecht gegen seine Repräsentanten hat¹³⁾.

Außer diesem einzigen speciellen Verhältniß ist die im Allgemeinen gemachte Bedingung der Selbsthülfe, daß der Schade sonst unerseßlich sein müsse, auch in Beziehung auf den Besitz beibehalten. Diese schon vorhin als durchaus unpractisch bezeichnete Bedingung macht das ganze Institut der Selbsthülfe illusorisch, mag man eine Unerseßlichkeit an sich, oder nur beziehungsweise meinen, was noch unklar ist. Ein Moment hielt den Ausdruck: „unerseßlich“

12) So beschlossen von dem Königl. Kammergericht, in der Sitzung vom 29. Mai 1826, in der Untersuchungs-Sache wider Kraßau.

13) Th. A. E. Schmidt, über das possessorisches Klagerecht des juristischen Besitzers gegen seine Repräsentanten. gr. 8. Gießen, 1838.

licher Verlust," für uneigentlich, wurde aber von Gossler mit der Bemerkung abgefertigt, daß er die Sprache nicht zu verstehen scheine. Einige Andere erinnerten: die im § 142 zugestandene Berechtigung zur Selbstvertheidigung sollte nicht bloß auf den Fall eines unerseßlichen Verlustes eingeschränkt werden, sondern in jedem Falle eines Verlustes Statt finden. Darauf bemerkte Gossler: diese Momenten gingen offenbar zu weit, und wollten das Mode gewordene *labarum* der natürlichen Freiheit wehen lassen. Zwei Andere meinten dagegen: der Fall, daß die Hülfe des Staates zu spät komme, oder ein angerichteter Schaden nicht wieder ersetzt werden könne, werde nur selten eintreten; und dieses bekräftigte Gossler mit der Bemerkung:

„Verlust am Vermögen ist nie von der Erheblichkeit, um Privatgewalt zuzulassen, und die jetzige vollkommene Einrichtung im Staate scheint den Fall auszuschließen, daß die Hülfe zu spät kommen könne¹⁴⁾.“

Hiernach scheint eine Unerseßlichkeit an sich gemeint worden zu sein. Suarez dagegen scheint nach seiner vorhin mitgetheilten Revisions-Bemerkung, daß es viele Fälle gebe, wo dem auch im Staate lebenden Menschen der Rücktritt in den *statum naturalem* nicht versagt werden könne, und daß von ihm angegebene Beispiel von dem unbekanntem Diebe, der Jemandem im Gedränge den Beutel aus der Tasche nimmt, unter dem „unerseßlichen Verluste“ auch einen solchen verstanden zu haben, dessen Ersatz in *concreto* nicht zu erwarten steht. Aber auch damit ist dem gewaltsam Angegriffenen noch gar nichts geholfen. Dieser soll nun erst untersuchen und überlegen: ob er wol Ersatz zu erwarten habe. Unterdeß ist die Gewalt schon vollzogen; und gesetzt auch, er kennt den Angreifer persönlich und als zahlungsfähig: wie soll er denn den Beweis führen? Man

14) Ebend. S. 279. 280.

muthet ihm hier also zu: erstlich den Wechselfällen eines Prozesses sich auszusetzen und dadurch nicht bloß seine ihm abgenommene Sache, sondern die Prozeßkosten noch dazu aufs Spiel zu setzen; zweitens, die Unannehmlichkeiten, welche mit dem Verlust des Besitzes verbunden und durch Andere gar nicht zu schätzen sind, auch von dem Richter nicht berücksichtigt werden, sich gefallen zu lassen.

Uebrigens kann die Privatgewalt immer nur gegen Privatpersonen unter den gesetzlichen Voraussetzungen als zulässig gedacht werden, und es ist eine durchaus falsche Lehre des Herrn Grävell¹⁵⁾, daß „auch gegen die Obrigkeit, welche ihr Ansehen und Macht mißbraucht, diese Selbsthülfe Anwendung findet.“ Kein Unterthan oder Staatsgenosse hat die Befolgung der obrigkeitlichen Anordnungen von seiner Prüfung und Gutbefinden abhängig zu machen, sondern Jeder muß augenblicklich Folge leisten und hinterher seine Beschwerden bei der höhern Behörde anbringen. Wer sich zum Gehorsam zwingen läßt, dem geschieht durch die gegen ihn gebrauchte Gewalt eben Recht. Eine unerlaubte Gewalt der Obrigkeit kann sonach nicht vorkommen, wohl aber ist jeder Widerstand gegen dieselbe an sich strafbar.

§ 26.

2. Widerspruch.

Gegen Handlungen zum Zweck der Besitzergreifung eines negativen Rechts kann der Besitzer sich durch wörtlichen, bei der Handlung selbst, oder gleich auf frischer That, oder sogleich, als er die Handlung erfahren hat, gegen den Handelnden außergerichtlich geäußerten Widerspruch schützen. Das Allg. Landrecht bestimmt darüber dieses:

§ 83. „Soll die Besitzergreifung eines solchen negativen Rechts durch Widerspruch gehindert werden,

15, Lehre vom Besitz, S. 56, Note zu § 141.

so muß dieser Widerspruch bei der Handlung selbst gegen den Handelnden geäußert sein.“

§ 84. „Ein nach gänzlich vollendeter Handlung erfolgter Widerspruch kann den durch diese Handlung einmal erworbenen Besitz nicht wieder aufheben.“

§ 85. „Erfolgt jedoch der Widerspruch auf frischer That, oder sogleich, als der, gegen welchen der Besitz des negativen Rechts erworben werden soll, die Handlung erfahren hat, so wird dadurch die Besitzergreifung entkräftet.“

Dies ist neues Recht. Practisch stellt sich dieß Verhältniß so: Der Besitzergreifende hat fundatam intentionem durch die vollzogene Besitzhandlung, und es gehört ad excipiendum, den Widerspruch zu behaupten und zu beweisen. Soll die Exception durch die Behauptung unwirksam gemacht werden, daß der Widerspruch zu spät geäußert worden, so ist dieß eine Replik, zu deren Begründung die Behauptung und der Beweis gehört, daß der Widersprechende die Besitzhandlung früher erfahren habe; und es muß dem Ermessen des Richters überlassen bleiben: ob die bis zur Aeußerung des Widerspruchs verlaufene Zeit den Begriff des „sogleich,“ nach den Umständen, ausschließet oder nicht.

§ 27.

Von den Interdictis retinendae possessionis.

Das Interdictum uti possidetis und die novi operis nunciatio. Zwei civilistische Abhandlungen von E. G. Wiederhold, Obergerichts-Assessor. Hanau 1831. Dazu die Recension von Albert, in der Allgemeinen Literatur-Zeitung. Januar, 1833. No. 6, nach welcher diese Schrift voller Irrthümer ist, und den Anforderungen der Kritik nicht entspricht, indem es ihr an Deutlichkeit, Gründlichkeit, Ordnung und Vollständigkeit mangelt.

Das zum Schutz gegen bloße Störungen im Besitz dienende Rechtsmittel hat, je nachdem eine bewegliche oder

eine unbewegliche Sache Gegenstand des Besitzes ist, einen verschiedenen Namen nach den Anfangsworten des prätorischen Befehls, nämlich: *uti possidetis* bei unbeweglichen, *utrubi* bei beweglichen Sachen, und es heißt von ihnen: *retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrubi* ¹⁾).

Die Bedingungen sind bei Beiden gleichmäßig:

1. daß juristischer Besitz wirklich vorhanden, und nicht *vi, clam* oder *precario* vom Gegner erworben sei ²⁾);

2. daß derselbe gewaltsam verlegt worden ³⁾, wobei jedoch unter Gewalt jede, wider den Willen des Besitzers unternommene Handlung, überhaupt jede Eigenmacht, selbst die Androhung einer künftigen Störung ⁴⁾ verstanden wird, so daß durch bloße Worte das Interdict begründet werden kann;

3. daß im Fall einer bereits geschehenen Störung durch dieselbe der Besitz selbst noch nicht aufgehoben worden, denn diese Interdicte sind eben nur gegen partielle Störungen (*retinendae possessionis causa*) gegeben. Diese Rechtsmittel stehen aber nur dem wirklichen Besitzer als solchem, nicht auch dessen Erben als solchen zu, und zwar nur gegen den Störenden selbst, nicht gegen dessen Erben als solchen, eben darum, weil sie Klagen *ex delicto* sind. Daß diese Interdicte nur gegen Denjenigen angestellt werden könnten,

1) § 4 J. de interdictis. (IV. 15.)

2) § 4 J. eod. — L. 1 pr. D. uti possid. (XLIII. 17.) *Klepe de natura et indole possessionis ad interdicta uti possidetis et utrubi necessaria.* Lips. 1794. 4.

3) „*Vim fieri veto*“ L. 1 pr. D. uti possidetis. (XLIII. 17.) — L. 1 pr. D. utrubi (XLIII. 31.)

4) „*Uti — possidetis: — quo minus ita possideatis, vim fieri veto*“ L. 1. pr. D. uti poss. (XLIII. 17.) Wie bei der Negatorienklage. L. 8 § 5 D. si servit. vind. (VIII. 5.)

der durch Worte oder Handlungen seinen Anspruch auf den Civil-Besitz einer unbeweglichen Sache zu erkennen giebt, wie Wiederhold a. a. D. behauptet, und daß Besitzstörungen ohne den *animus domini* die Anstellung des Interdicts nicht veranlassen könnten, ist ungegründet. Nach den Quellen ist dieses Interdict gegen jede Eigenmacht, wodurch der juristische Besitzer als solcher beschränkt wird, gerichtet, ohne Unterschied, ob der Störende gerade behauptet, ebenfalls Besitzer zu sein, oder nicht⁵⁾. — Hiernach verfährt auch die neuere deutsche Praxis, indem sie das *interdictum uti possidetis* gegen alle Besitzstörungen verleiht. So gewährt sie dem Besitzer eines Grundstücks possessorischen Schutz auch gegen denjenigen, welcher sich eine Servitut, z. B. die Hütungs- oder Wegegerechtigkeit darauf anmaßen will⁶⁾. Dagegen findet es keine Anwendung auf die Rustical-Servituten, indem für die wichtigsten Fälle der Störung in der Ausübung derselben specielle Interdicte gegeben sind.

Der einzige aus der Sache hergenommene, wirksame Einwand ist der der *injusta possessio ab adversario*, also lediglich im Verhältniß zum Kläger. Ob die *possessio* des Klägers überhaupt *injusta*, d. h. *vi*, *clam* oder *precario* erworben worden, ist unerheblich⁷⁾. Außerdem kann

5) L. 11 D. de vi. (XLIII. 16.) — L. 8 § 5 D. si Servit. vind. (VIII. 5). — L. 14 D. de injur. (XLVII. 10.) — L. 5 § 10 D. de novi oper. nunt. (XXXIX. 1.) — L. 1 § 4 u. 6 L. 3 § 3, 4 u. 9. D. uti poss. (XLIII. 17.) — Vergl. Mühlbruch *doctrina pand. edit.* 3 § 243, not. 10. — Allg. Lit. Zeit. Januar 1833 Col. 43.

6) Pfotenhauer *Abh. über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen*, § 7 und 12. — Allg. Lit. Zeit. a. a. D. Col. 44.

7) L. 2 D. uti possid. (XLIII. 17.) „Justa, an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert.“ Vergl. L. 1 § 9 eod. L. 53. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.) — § 4 J. de interd. (IV. 15.)

die Präscription excipirt werden; denn wegen Ersatzes des bereits zugefügten Schadens dauert das Interdict nur Ein Jahr⁸⁾; wegen dessen jedoch, wodurch der Störende bereichert ist, kann noch später geklagt werden⁹⁾; und wegen den drohenden Störungen ergiebt sich von selbst, daß von einer Verjährung nicht Rede sein kann.

Die Wirkung dieses Interdicts ist Verhinderung künftiger, den Besitz störender, Handlungen, zu welchem Zweck dem Verurtheilten die Leistung einer Caution auferlegt wird¹⁰⁾; und Aufhebung der bereits vorgefallenen Störungen, wozu die Fortschaffung der etwa gemachten Anlagen¹¹⁾, und der Ersatz des wirklichen Schadens so wie des entgangenen Erwerbs¹²⁾ gehört. — Die entgegen gesetzte Behauptung Wiederhold's a. a. D., daß das Interdict auf Ersatz eines zur Zeit der Anstellung desselben schon zugefügten Schadens nicht gerichtet werden könne, weil nur für den Fall der Nichtachtung des Interdicts (*post editum interdictum*) auf Erstattung des Interesses habe geklagt werden können, ist ohne Grund; denn das Gegentheil erhellet schon aus der Edictformel: „*neque pluris quam quanti res erit*“¹³⁾; und unter dem Ausdruck „*quanti ea res est*“ wird das Interesse verstanden¹⁴⁾. Die für jene Behauptung angeführte L. 3 D. de interdict. (XLIII. 1) ergiebt nur, daß in der

8) L. 1 pr. D. uti poss. (XLIII. 17) „*intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.*“

9) L. 4 D. de interd. (XLIII. 1.)

10) L. un. C. uti possid (VIII. 6.)

11) L. 3 § 9 D. uti poss. (XLIII. 17) „*Si vicinus meus in parte mea tectorea habeat, et in parte sua: uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur.*“ Für das Preuß. Recht ist der Satz bezweifelt worden, ohne allen Grund.

12) L. 3 § 11 D. eod.

13) L. 1 pr. D. eod.

14) L. 3 § 11 D. eod. — L. 1 § 5 D. ne vis fiat ei. (XLIII. 4.)

Regel bei den Interdicten das Interesse erst post editum interdictum in Anschlag kommt. Das Interdict wegen Gewalt macht aber eine Ausnahme ¹⁵⁾, und es fehlt an Grund, warum das interdictum uti possidetis, welches denselben Grund hat ¹⁶⁾, dem interdictum unde vi nachstehen sollte. Die Praxis bestätigt dieß gleichfalls ¹⁷⁾.

Diese Interdicte sind duplicia ¹⁸⁾, so daß jeder der streitenden Theile als Kläger auftreten kann, und jeder Theil im Prozeß gleiche Rechte hat. Aus dem zweiten Satz folgt, daß der Richter in keinem Falle eine bloße Abweisung des Klägers aussprechen kann, sondern den Einen von beiden Theilen, oder wenn sie Mitbesitzer sind, Beide im Besitz schützen und demgemäß den Andern verurtheilen muß.

So finden sich diese Rechtsmittel im Röm. Recht vor. Ein Umstand aber, welcher bei der praktischen Anwendung vorkommen kann, ist Veranlassung zur Ausbildung eines ganz neuen Instituts im 13. und 14. Jahrhundert gewesen. Es kann nämlich vorkommen:

1. Daß der Besitz bis auf die gegenwärtige Störung ganz ruhig gewesen, auch wol jetzt an sich unstreitig ist, und daß der Richter nur gebeten wird, denselben gegen die jetzt unternommene Störung zu schützen. Hier geht die Sache ihren gewöhnlichen Gang, und das Römische interdicte

15) L. 1 § 40 D. de vi. (XLIII. 16.)

16) L. 1 § 4 D. uti possid.

17) Pfotenhauer. a. a. D. § 24. — Allg. Lit.-Zeit. a. a. D. Sp. 44.

18) Gajus Lib. IV § 160. — § 7 J. de interdictis (IV. 15) — L. 37 § 1 D. de obl. et act. — v. Savigny, a. a. D. S. 481 u. flg.

tum retinendae possessionis findet in der Praxis eine unveränderte Anwendung ¹⁹⁾).

Der Fall kann auch so vorkommen,

2. daß der Richter nicht sobald erkennen kann, wer von den beiden Streitenden den Besitz eigentlich habe. Er muß also denselben natürlich so lange unbestimmt lassen, als er damit zu thun hat, sich die erforderliche Ueberzeugung zu verschaffen. Dabei gingen aber, da die interdicia possessoria nicht für summarische Rechtsmittel galten ²⁰⁾, nach dem schleppenden Prozeßgange, der von dem Gebrauche des Römischen Rechts unzertrennlich war ²¹⁾, Jahre hin ²²⁾, und es verstand sich gleichsam von selbst, daß unterdeß sich Jeder von beiden Theilen in seinem vermeintlichen Besitze, unter dem Vorwande der Vertheidigung, gegen den Andern nach besten Kräften, und dem Charakter des Zeitalters gemäß, zu schützen suchte. Diesen für die öffentliche Sicher-

19) Gail Pract. obs. Lib. I. obs. V no. 5: „Habet autem ista constitutio Imperii tunc potissimum locum, quando uterque vult possessioni incumbere, seque magis possidere contendit. Nam si certum sit, alteram partem possidere, et alteram possidentem turbare, tunc iudex mandatis poenalis, vel aliis competentibus remediis, vim fieri prohibebit, et possidentem in possessione sua tueri debet, text. in l. 1 ff. uti possid.

20) Clem. 2 de iudiciis. — Gail. l. c. obs. VII no 2: „Ordinarium possessorium est, in quo juris ordine servato proceditur et principaliter, atque absolute de possessione partium disceptatur, plenaeque probationes requiruntur, secundum magis communem opinionem, quam etiam Camera sequitur.“

21) Vergl. hierüber Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, § 444.

22) Belehrende Beispiele hierüber finden sich bei von Harpprecht, Staats-Archiv des Reichskammergerichts. (6 Th., Ulm 1757 — 1768. 4.)

heit gefährlichen Zustand aufzuheben war kein anderes Mittel, als eine schleunige vorläufige Entscheidung des Richters über den Besitzstand, wobei bloß auf den allerneuesten Besitz gesehen wurde. Das sich so gebildete neue Institut nannte man *possessorium de possessione novissima*, *possessorium summarium* oder *summariissimum*, auch *interim*, *fiduciaria* vel *depositaria possessio* oder *provisionale remedium* ²³), im Gegensatz zum ordentlichen possessorisches Rechtsmittel, welches nun *possessorium de antiquiore possessione*, *possessorium ordinarium*, *plenarium* hieß. Dieses neue Rechtsmittel ist also nichts weiter, als ein provisorisches *interdictum uti possidetis*, und muß nach denselben Rechtsgründen entschieden werden, wie das *ordinarium*. Der Unterschied zwischen Beiden liegt bloß in der, dem *Summarium* eigenen Unvollständigkeit des Beweises. Denn die zur Verhinderung von Gewaltthätigkeiten nothwendige schleunige Entscheidung, gegen welche, ihrem Zwecke nach, kein *Remedium* Statt finden kann, läßt dem Richter keine Zeit, zur vollständigen faktischen Gewißheit zu kommen, woraus von selbst folgt, daß diese vorläufige Entscheidung in vielen Fällen auf unrichtigen Voraussetzungen beruhet und durch die in dem *Ordinario* nachfolgende Entscheidung wird abgeändert werden müssen ²⁴). Wenn also der Richter in dem *Summariis-*

23) Gail. l. c. no. 5: „*Summarium ideo appellatum, quod absque tela iudicii, et sine longo sufflamine litis, sola facti veritate probabiliter inspecta, in eo celeriter et velo levato procedendum sit. — Proinde recte Interim, aut fiduciaria, vel depositaria possessio, aut provisionale remedium appellatur.*“

24) Gail. l. c. no. 6: „*Momentaneum vero dictum, quia sententia lata non perpetuum, sed momentaneum et reparabile praejudicium adfert, quod in ordinario possessorio restaurari queat: cum sit mera puraque interlocutoria, neutri parti, tam in possessorio ordinario, quam petitorio praejudicialis.*“

simum dem bloßen Inhaber den vorläufigen Besitz zuspricht, so geschieht dieß nicht darum, weil der Detentor ein Recht auf die Gewahrsam hat, sondern weil dem Richter, welcher ohne Verzug für denjenigen Theil, der einen bessern Beweis beigebracht hat, erkennen soll ²⁵), eine gründlichere Einsicht in das streitige Verhältniß noch mangelt ²⁶). Der Richter kann auch, statt den vorläufigen Besitz dem Einen oder dem Andern zuzusprechen, die Sache in eigene Verwahrung nehmen; er kann sogar das Verfahren *ex officio*, ohne Antrag einer Parthei, einleiten ²⁷). — Diese Praxis, welche in Spanien *Interim* oder *Entre tanto* ²⁸), in Frankreich *Re-*

25) Gail Obs. VI no. 4: „porro super momentaneo possessorio tantum, in favorem melius probantis pronuntiatur.“

26) Gail. Obs. VII no. 6. „probationes imperfectae et semiplenae, quia modici praejudicii, recipiuntur“

27) Gail. Obs. V no. 2: „Quoties de possessione inter duos pluresve contentio est, ita ut uterque possidere se contendat, et res ob litigiosam possessionem ad arma spectare videatur: eo casu iudex ex officio. vel parte petente, possessionem rei controversae sequestrare poterit, citatis partibus, ut certo die compareant, et jura sua possessoria summarie deducant — Ita quoque communiter concludunt DD.“ — Mynsinger Obs. Centur. II obs. 96. „Quando propter litigiosam possessionem periculum subest, ne partes ad arma concurrant, neutra agere volente, tum iudex potest inhibere partibus ex officio, ut possessione abstinere. Potest item loco inhibitionis sequestrare possessionem, et praecipere vel eas citare ad dandum articulos super possessione asserta, et nominandum testes: quo facto examinantur testes, et decernitur juxta Ordinationem Camerae, anno 1548. Atque ita fuit observatum in causa Civitatis Spirensis contra Episcopum Spirensium, des Eisbruchs halber auf dem Rhein, et in causa ejusdem Civitatis contra Comitem Palatinum Rheni, die Gleits-Irrung belanget, an. 1549.“

28) Covarruvius Practicar. Quaest. Cap. XVII, de illo interdicto, quod practici apud Hispanos *Interim* appellunt. Die Formel

credentia²⁹⁾, in Belgien provisionale remedium oder Fiduciaria possessio, in Italien Mandatum de manutenendo, von Einigen auch processus informativus³⁰⁾, von Budäus *Lis vindiciarum*³¹⁾ genannt wurde, wird aus dem Römischen Rechte hergeleitet³²⁾. Schon *Durantiſ* beschreibt dieses Rechtsmittel, ohne ihm einen Namen zu geben, in folgender Art: „Quod ubi duo contendunt de possessione, et quilibet dicit se in solidum possidere, et unus turbat alium in possessione, nec vult unus de alio conqueri, nec vult unus alteri libellum dare quasi sustineat partes rei, et commodo possessionis fungatur: iudex potest ex officio suo eos citare, et cogere suam petitionem offerre: vel potest illud iudicium possessorium sine libello determinare, recipiendo probationes utriusque partis, ut sciat quis illorum subire debeat onera petitoris, et quis utatur commodo possessionis. — Ex officio enim suo debet partes cohibere ne veniant ad arma et rixas, — et vim fieri vetabit ei, quem in possessione invenerit potiore³³⁾“.

wird so angegeben: „Entre tanto, que este pleyto se vee, y determina diffinitivamente: sin per juyzio del derecho de las partes en possession, y en propiedad.“ Eben so bei den Neapolitanern. *Anton Capycii Decis.* 55, ult. colum. et 189 num. 11.

29) Masuerus, *La Pratique*, tit. de possessorio.

30) *Gail. Obs.* V. n. 3. et 4.

31) *Annot. in Pand*, ad *L. fin. de orig. juris*.

32) Gewöhnlich aus *L. 13 § 3 D. de usufructu*. *J. B. Covarvius* l. c. n. 1. „Cujus equidem praxis origo deduci solet a Jurisconsulti responso in *L. aequissimum ff. de usufruct.*“ *Gail.* l. c. n. 2. — *Mynsinger*, *Centur. II.* obs. 96 n. 2. Alle nach *Durantiſ*. (Note 33.)

33) *Spec. Lib. II. Partic. I. Tit. de petitorio, possessorio et spoliatione*, § 1. no. 38. (Ed. *Lugd.* 1556, P. II. Fol. 81.) *In Lib. IV. Partic. I, Tit. de libellorum conceptione*, § *Nunc dicendum*, no. 22. wird die Sache nohmals mit fol-

Von der richterlichen Sequestration kommt noch nichts vor; der Fall, wo Keiner von beiden Theilen *clarius probat*, bleibt unentschieden. „*Et nota, heißt es, quod cum agitur interdicto uti possidetis, si partes probant equaliter se rem, de qua agitur, possidere, iudex pronuntiabit: Uti possidetis, ita possediatis. Sed contra: quod si uterque probet se equaliter possidere, cum non sit major ratio quare unus possideat, quam alter, non constat ei qui possideat, unde debet supersedere, cum super re incerta non sit sententia ferenda, — et secundum hoc neuter obtinebit³⁴⁾*“. In Deutschland ist diese Praxis, zur Aufrechterhaltung des Landfriedens, durch besondere Reichsgesetzgebung, auf den Reichstagen von Worms und Augsburg, von 1421, 1448 und 1555, sanctionirt. Diese Reichs-Constitutionen bezogen sich auf die Reichsunmittelbaren und verordneten, daß das Reichskammergericht *ex officio* oder auf Anrufen der Parthei den streitenden Besitz sequestriren und den Streit schleunig entscheiden solle, wenn der Besitz wirklich zweifelhaft

genden Worten vorgetragen: „*Quando duo se contendunt eandem rem possidere, et quilibet vadit in possessionem, et ex indignatione non vult libellum offerre dicens iudici det pars altera: tunc enim cum iudex debeat occurrere ne ad arma perveniantur, ut ff de usufr. aequissimum, sine libello receptis testibus adjudicabit possessionem clarius probanti, et vetabit alium sibi vim facere, quominus libere re illa utatur. arg. ff. de lib. causa, liberis § fin.*“ — Joh. Andrea erzählt dabei den Streit einer Stadt mit einigen Edelleuten, über den Besitz eines Waldes, der, wegen der Erbitterung beider Theile, nach diesen Grundsätzen, von dem Rector civitatis *ex officio* untersucht und entschieden worden ist.

34) Tit. de petit. poss. § cit. no. 32. Und Baldus sagt in seinen Additionen ad h. Tit. Fol. 82:

„*Utraque parte equaliter probante, qui de possessione alium expellit, impune facit, et suam conditionem facit meliorem.*“

und die Lage der Umstände so beschaffen sei, daß Waffengewalt zu besorgen³⁵). Hieraus erhellet, daß nach gemeinem Recht das Summariissimum in allen Fällen unstatthaft ist, wo der Besitz unzweifelhaft, und wo keine Gewaltthätigkeit zu befürchten steht; und daß dieses Rechtsmittel, wenn es begründet ist, weder eine weitläufige Prozedur, noch eine Appellation gegen die getroffene Entscheidung gestattet. Die Praxis extendirt und verwirrt dasselbe jedoch zuweilen auf eine so verkehrte Weise, daß man dasselbe erst nach Verlauf von Jahren entscheidet und Appellationen dabei zuläßt³⁶). Das Summariissimum ist nichts

35) Gail Obs. Lib. I. obs. V. de constitutione Imperii super litigiosa possessione et quando locum habeat. — Danz, constitutionis imperii specialis super litigiosa possessione disquisitio. Stuttgart, 1789. — Reichskammergerichtsordnung vom Jahr 1555. Th. 2, Tit. 21, § 3, und Concept derselben von 1613, Th. 2, Tit. 22, § 4 und 5: „Ob auch — zwischen den Partheien — die Gewähr, Possession, oder quasi aus redlichen Anzeigungen zweifelhaft und die Partheien jetzt allbereit mit thätlicher Handlung gegen einander im Vorhaben, Uebung, und Procinctu stünden, also daß sorgliche Empörung, Weiterung oder Aufruhr daraus zu besorgen: Sollen Cammer-Richter und Weisiger Gewalt und Macht haben, auf Anrufen der Partheien, oder für sich selbst, ex officio die Possession zu sequestriren, oder der quasi Possession halben, anstatt der Sequestration beiden Theilen zu gebieten, sich derselben zu enthalten und alsbald darauf summarie ohne einigen gerichtlichen Prozeß oder andere weitläufige Ausführung der Sachen zu erkennen, welchem Theil die momentanea Possessio vel quasi einzugeben oder zu inhibiren sei, sich derselben bis zu endlichem Austrag des endlichen Rechtens, in Possessorio und Petitorio zu enthalten, und so das geschehen, soll alsdann solches keinem Theil an seinem Inhaben oder Besitz im Recht nachtheilig sein. Schmaus corpus juris publici, pag. 548, und Struven corpus juris publici academicum, pag. 416.

36) Ein Beispiel, wo erst nach 4½ Jahren und nachdem zwei Gerichte und zwei Spruchcollegien ihr Urtheil abgegeben hat-

als eine eigenthümliche Prozedur, Behufs der vorläufigen Entscheidung für einen Fall des *interdicti uti possidetis*.

Gehen wir nach dieser Uebersicht zum Allgem. Landrecht über.

In demselben sind die *interdicta retinendae possessionis* im Allgemeinen ebenfalls anerkannt. Der § 150 h. t. bestimmt nämlich: „Alle Rechte, welche demjenigen beigelegt sind, der seines Besitzes durch Gewalt, heimlich oder mit List entsetzt worden, kommen auch dem zu, welcher in seinem Besitze solchergestalt zur Ungebühr gestört wird.“ Man bemerke die Abweichung von dem Röm. Recht darin, daß hier auch einer heimlichen oder listigen Besitzstörung gedacht worden ist, während das *interdictum retinendae possessionis* des Römischen Rechts nur gegen gewaltsame Störungen gegeben wird, weil man sich keine heimliche oder listige Störung denken konnte. Dieß scheint bei der Redaction des § 150 nicht erwogen worden zu sein. Die auf die *interdicta retinendae possessionis* sich beziehenden Bestimmungen sind erst in Folge der, gegen den gedruckten Entwurf, der darüber nichts enthielt, eingegangenen Erinnerungen eingeschaltet worden, wobei man die Ausdrücke nicht so genau genommen hat. Ein Monent³⁷⁾ erinnerte nämlich zu dem, dem § 137 des Landrechts h. t. entsprechenden, § 96 des Entwurfs:

„Es hätte nach Anleitung des Römischen Rechts, von den *interdictis retinendae possessionis, uti posside-*

ten, und wo über die *vitia possessionis* ein förmliches Beweisverfahren eröffnet worden, u. s. w. in Brinkmann, wissenschaftlich-practische Rechtskunde. Eine Sammlung von Erörterungen aus dem Gesamtgebiete der in Deutschland geltenden Rechte. Kiel, Bd. I, 1831, No. 15. Dazu Allg. Literatur-Zeit. Juni 1833, No. 105, Spalte 229.

37) Der kursächsische Ober-Appellations-Rath v. Lindenau. Zeitschrift, a. a. D. S. 278.

tis und utrobi, dem darauf sich gründenden Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Gütern, der cautio de non amplius turbando, weitläufiger behandelt, auch die Frage, in wiefern das *possessorium cum petitorio* cumulirt werden könne, entschieden werden sollen.“

Gosler war jedoch der Meinung, daß die beiden letzten Fragen zur Prozeßordnung gehörten; und von der mit so manchen unrichtigen Begriffen vermischten Lehre de *interdictis* schon in den §§ 100 seq. (entsprechend den §§ 141 bis 149 des Titels, wo von der Wiedererlangung des Besitzes die Rede) so viel als nöthig beibehalten sei. Ein anderer Monent³⁸⁾ verlangte hier die Wiederholung der in der Prozeßordnung enthaltenen Bestimmungen über den Fall, wenn der Besitz streitig sei, und brachte folgende Sätze in Vorschlag:

„Wer im Besitz gestört oder desselben beraubt worden, und nur die Wiedereinräumung fordert, darf den Titel des Besitzes und das Recht zum Besitze nicht erweisen. —

Er darf nur bescheinigen, daß er zuletzt, unmittelbar vor der Störung, sich wirklich im ruhigen Besitze befunden habe. — Auf diese Bescheinigung kann er verlangen, daß dem Andern durch richterliche Strafbefehle alle fernere Störung bis nach ausgemachter Sache untersagt werde. — Kann er den letzten ruhigen Besitz nicht bescheinigen, so ist er befugt, darauf zu dringen, daß der Andere sich ebenfalls des streitigen Besitzes und der damit verbundenen Rechte so lange enthalte, bis die richterliche Entscheidung über den Besitzstand erfolgt ist. — Ist nicht auszumitteln, wer sich zuletzt im ruhigen Besitze befunden habe, so

38) Das altmärkische Ober-Gericht. Zeitschrift a. a. D. S. 282.

muß der streitige Gegenstand interimistisch in Beschlag genommen werden."

Suarez trat diesen Momenten bei, und es wurden außer dem vorhin angeführten § 150 noch folgende, in den §§ 151 bis 160 d. T. enthaltene Zusätze über die Lehre von der Turbation und über die principia possessorii summariissimi, ingleichen wenn der Besitzstand zweifelhaft, eingeschaltet:

§ 151. Der Richter muß den Gestörten durch Androhung verhältnißmäßiger Strafe gegen den Störer, und nöthigenfalls durch deren wirkliche Vollstreckung, gegen fernere Beeinträchtigungen schützen.

§ 152. Hat der Störer dem richterlichen Befehle schon einmal entgegen gehandelt, so kann er überdies zur Sicherheitsbestellung für künftige Beunruhigungen angehalten werden.

§ 153. Ein gleiches Recht findet Statt, wenn wahrscheinliche Gründe zur Besorgniß vorhanden sind, daß der Störer dem Andern für einen aus fernern Beunruhigungen entstehenden Schaden nicht sofort vollständige Genugthuung werde leisten können.

§ 154. Von vorstehenden Befugnissen (§ 146 bis 153) kann nur derjenige Gebrauch machen, welcher nachzuweisen vermag, daß er sich unmittelbar vor der erfolgten Entsetzung oder Störung im ruhigen Besitze befunden habe.

§ 155. Ist der letzte ruhige Besitzstand zweifelhaft, so hängt die Verfügung: wie es mit der streitigen Sache bis zur nähern Erörterung der gegenseitigen Rechte zum Besitze gehalten werden solle, vom richterlichen Ermessen ab.

§ 156. Bei der diesfälligen Bestimmung muß der Richter auf die allgemeinen Grundsätze von der Collision der Rechte Rücksicht nehmen. (Einleitung § 95 sqq.)

§ 157. Sind die Umstände so beschaffen, daß aus dem einstweiligen Besitze des Einen dem Andern gar kein Schaden entstehen würde, so muß vorzüglich Dieser im Besitze bis zum Austrage der Sache gelassen werden.

§ 158. Außerdem muß der Richter darauf sehen: welcher von den streitenden Theilen dem Andern auf den Fall, wenn derselbe für den rechtmäßigen Besitzer erklärt würde, für den aus der Vorenthaltung des Besizes entstandenen Schaden gerecht zu werden am besten im Stande sei.

§ 159. Ist für den obsiegenden Theil ein unerseztlicher Schade zu besorgen, wenn der Andere, bis zur endlichen Entscheidung, die Rechte des Besizes ausüben sollte, so muß die Sache in gerichtliche Verwahrung genommen werden.

§ 160. Ein gleiches kann alsdann geschehen, wenn der Richter findet, daß aus der einstweiligen Einräumung des Besizes an Einen Theil Gewaltthätigkeiten, welche die öffentliche Ruhe und Sicherheit in Gefahr setzen, entstehen dürften.“

Es erhellet hieraus nicht, was man unter einer andern Störung als einer gewaltsamen sich gedacht habe, wenn keine wörtliche damit gemeint ist. Es sind aber die vorhin erwähnten beiden Fälle vorgesehn, nämlich:

1. wenn der Besitz selbst unbestritten ist, und nur über Beunruhigung geklagt wird, worauf sich die §§ 151 bis 154 beziehen; und
2. wenn jede der Partheien den Besitz zu haben behauptet, und der Richter nicht sogleich von der Richtigkeit der einen oder der andern Behauptung überzeugt werden kann. Hierauf beziehen sich die §§ 155 bis 160.

1. Der erste Fall ist der des *interdicti ordinarii uti possidetis* oder *utrubi*. Die Bedingungen desselben sind:

1. Die Gewahrsam oder der Besitz muß in der Person des Klägers zur Zeit der Klage vorhanden sein. Dieß muß der Kläger beweisen. Was dazu gehöre, darüber finden sich verschiedene Meinungen. Gewöhnlich nimmt man, nach Analogie der Regel bei der Vindication, wonach der Vindicant nur das Dasein seines Eigenthums zu irgend einer vergangenen Zeit zu beweisen braucht, um für den Eigenthümer zu gelten bis der Gegner den Verlust des Eigenthums nachgewiesen hat, die Vermuthung von dem frühern Besitz auf den gegenwärtigen an und macht die Regel: *olim possessor, hodie possessor*, jedoch mit Modificationen nach dem Alter des nachgewiesenen Besitzes, so daß Mehrere bei einem ältern als zehnjährigen Besitz die Präsumtion gar nicht mehr gelten lassen³⁹⁾. Andere lassen wegen des Unterschiedes zwischen Besitz und Eigenthum in Beziehung auf die Fortdauer jene Analogie nicht gelten⁴⁰⁾. Nach der, im Preuß. Recht ausgesprochenen Beweisregel: daß keine Thatfache und keine Veränderung vermuthet werden soll⁴¹⁾, müßte man die Anwendung jener Präsumtion hier wieder finden. Dieß ist aber nicht der Fall; man hat diese Beweisregel hier nicht berücksichtigt, sondern nach dem Vorschlage eines Monenten (Note 38) in § cit. 154 bestimmt: der Kläger müsse nachweisen, daß er sich unmittelbar vor der erfolgten Störung im ruhigen Besitze befunden habe. Dieselbe Frage kommt bei der Erßkung wieder vor. Auch hier ist der Beweis des Besitzes in einer frühern Zeit nicht hinreichend, um die Fortdauer bis zum Gegenbeweise des

39) Ueber dieses Thema vorzüglich: Glossa in L. 16 C. de probat. — Alciatus de praesumptionibus, reg. II. praes. 21. — Mascard de probationibus, Vol. I. concl. 170; Vol. III. concl. 1202. — Vergl. v. Maleville Commentar über das Gesetzbuch Napoleon's, zu Art. 2228.

40) v. Savigny a. a. D. S. 462.

41) A. G. D. I. 13. § 28.

Verlustes darzuthun, jedoch ist die, gemeinrechtlich ziemlich allgemein anerkannte, Regel angenommen, daß wenn das Dasein des Besitzes zu zwei verschiedenen Zeitpunkten nachgewiesen, die Fortdauer desselben auch in der Zwischenzeit vermuthet wird ⁴²). — Es soll, wie es im § 154 heißt, bei dieser Besitzklage nicht bloß nachgewiesen werden, daß der Kläger sich zur Zeit der Störung („unmittelbar vor der erfolgten Störung“) im Besitze befunden habe, sondern auch daß der Besitz ruhig gewesen. Man hat geglaubt, daß damit ein fehlerfreier Besitz gemeint sei ⁴³). Dieß ist irrig. Der Gegensatz ist, nach den folgenden §§ 155 sqq., ein unruhiger oder zweifelhafter Besitz, d. h. ein Besitz, den auch die andere Parthei zu haben behauptet. — Die Frage: ob der Gestörte auch den Besitz der Freiheit von den vom Gegentheil vorgenommenen besitzstörenden Handlungen, z. B. die Freiheit des Grundstücks von der Ausübung der Wegegerechtigkeit oder Hütung, beweisen müsse, oder ob es genüge, bloß den Besitz des Grundstücks zu behaupten und zu beweisen ⁴⁴), ist ohne practischen Werth. Die natürliche Freiheit ist weder Gegenstand des Eigenthums noch des Besitzes; die Frage muß ganz anders gestellt werden, wenn sie practische Bedeutung haben soll.

2. Die bisherige ruhige Gewahrsam muß ungebührlich gestört worden sein. Es ist die Frage: ob auch schon wegen künftiger, erst angedrohter, Störungen die Klage ange stellt werden kann. Die Stellen sind nicht zweifellos. Nach

42) A. E. R. I. 9. § 599. — Eben so nach dem Code civil. Art. 2234.

43) Nach Grävell, im Besitz, Note zu § 154, soll dieß klar zu Tage liegen.

44) Wernher Obs. P. I. obs. 274. — Pufendorf obs. P. I. obs. 150.

der entferntern Quelle unseres Rechts, des Römischen ⁴⁵⁾, wird das Interdictum uti possidetis durch bloß angedrohte Störung des Besitzes allerdings begründet (S. 250), und hier- nach sollte man es auch nach unserm Rechte für zulässig halten. Allein die damaligen Practiker des gemeinen Rechts ließen es in diesem Falle nicht zu ⁴⁶⁾, und daher möchte man anzunehmen geneigt sein, daß unsere Gesetzgebung ebenfalls hiervon ausgegangen sei. Indessen sind für die Zulässigkeit der Klage wegen bloß gedrohter künftiger Störungen über- wiegende Gründe, nämlich:

- a) Der § 150 h. t. sichert alle Rechte, welche demjenigen beigelegt sind, der seines Besitzes durch Gewalt, heimlich oder mit List entsetzt worden, auch dem zu, welcher in seinem Besitz „solchergestalt“ gestört wird. Es ist also noch eine andere Störung als eine gewaltsame oder thätliche gedacht, und dieß kann in der Wirklichkeit nur eine wörtliche, d. h. angedrohte künftige sein, weil aus der Heimlichkeit oder List, als Gegensatz der Thätlichkeit, nur eine künftige thatsächliche Störung eintreten kann.
- b) Der § 151 h. t. verordnet Schutz gegen „fernere Beeinträchtigungen,“ und der § 152 Sicherheitsbestellung für „künftige Beunruhigungen.“ Dabei ist zwar eine schon geschehene Störung vorausgesetzt, aber wegen der vergangenen Störung kann in possessorio gar nicht geklagt werden, weil diese Klage nur auf Schadensersatz gehen würde, welche im ordentlichen Prozesse verhandelt werden soll. Die Besitzklage geht also immer nur auf Schutz gegen künftige Störungen, und die bereits geschehenen Störun-

45) L. 1. pr. D. uti possidetis. (XLIII. 17.)

46) Leyser, Spec. 499, m. 6. — Klein's Halle'sche Rechts- sprüche, Bd. III. S. 191.

gen begründen nur die Besorgniß künftiger Störungen, was auch durch Bedrohungen geschieht. Außerdem kommt in Betracht, daß gegen „Beunruhigungen“ Schutz gewährt werden soll, womit der § 1. Tit 31. Th. I. der A. G. D. zu vergleichen ist, wo es heißt: „daß Possessorium findet Statt, wenn Jemand in dem Besitze — beunruhigt — worden ist.“ Beunruhigt wird man aber auch durch Worte und Drohungen.

- c) Ein Bedrohter soll befugt sein, wegen künftiger Beleidigungen Sicherheitsbestellung zu fordern ⁴⁷⁾.
- d) Die Analogie der Grundsätze von der Negatorien-Klage, welche eben so gegen partielle Beeinträchtigungen des Eigenthums zum Schutz dient, als das Interdictum uti possidetis gegen partielle Besitzstörungen gerichtet ist; die Negatorienklage kann aber auch wegen bloßer Behauptung einer Servitut angestellt werden ⁴⁸⁾.

In der Praxis wird die Klage wegen angedrohter Störungen auch wirklich zugelassen ⁴⁹⁾.

47) A. L. R. II. 20. § 533—537.

48) A. G. D. I. 32. § 1. „Wenn sich Jemand an des Andern — Grundstücke — gewisser Rechte rühmt, die ihm von dem Gegentheile nicht zugestanden werden.“ § 2. — „so steht es ihm frei, selbst als Kläger in der Hauptsache wider denselben aufzutreten, und die Unrichtigkeit — auszuführen.“

49) Der Magistrat zu Danzig hatte mehreren Gewerkschaften gedroht, den Mitgliedern derselben die Krambuden, wenn solche an der Stelle, wo sie bis dahin aufgerichtet worden waren, wieder aufgestellt werden würden, fortnehmen zu lassen. Die Bedrohten klagten bei dem Ober-Landesgerichte zu Marienwerder in Possessorio, und dieser Gerichtshof erkannte den 10. November 1829 gegen den Beklagten auf Unterlassung der angedrohten Besitzstörung. Acta des A. L. G. zu Marienwerder. Lit. D. 225—1829.

3. Durch die Störung muß die Gewahrsam oder der Besitz noch nicht verloren gegangen sein.

Gegenstand des materiellen Klagerechts ist zwar nach unserm Rechte eben so wie nach dem Gemeinen Rechte sowohl der Schadensersatz, als der Besitzstand, aber in der Verhandlung werden beide Punkte getrennt ⁵⁰).

Der Beklagte kann nur der Störer oder dessen Erben, niemals der Auctor des Störers sein ⁵¹).

Welche Exceptionen gegen diese Klage statthaft sein sollen, ist dunkel.

1. Die Exceptio injustae possessionis wird erwähnt in der Allg. Gerichts-Ordnung Th. I. Tit. 31 § 14:

„Wenn der vom Kläger behauptete neueste Besitz zwar eingeräumt, oder nachgewiesen wird, der Beklagte hingegen behauptet, daß derselbe dazu auf eine offenbar unredliche oder sonst fehlerhafte Weise gelangt sei; so muß mit Aufnehmung der Instruction und des Beweises über diese Fehler des Besitzes ebenfalls, jedoch nur soweit, als es sofort und ohne Aufenthalt geschehen kann, verfahren werden.“

Was der Richter mit dieser Instruction machen soll, wird nicht vorgeschrieben, und es scheint, als habe man dieß seinem Ermessen überlassen wollen. Aus allgemeinen Gründen muß man jedoch annehmen, daß diese Exceptionen nur unter eben denselben Umständen, unter welchen sie bis dahin begründet waren, nämlich nur alsdann in Betracht

50) U. G. O. I. 31. § 17. „Bloß die Frage wegen des Besitzstandes kann durch dieses Erkenntniß entschieden werden. Andere Punkte, z. B. der geforderte Ersatz eines aus der Entsetzung oder Störung des Besitzes erwachsenen Schadens, sind zur besondern Verhandlung zu verweisen.“

51) §§ 149, 154 h. t. Präjudicat des Geheimen Ober-Tribunals v. 13. Juli 1836. (Jur. Wochenschr. Jahrg. 1836. S. 664.)

kommen, wenn die der Exception zum Grunde liegende That gegen den Beklagten selbst ausgeübt worden ist. Denn eine unerlaubte Handlung kann damit, daß der dadurch Verletzte (der Kläger) früher einmal ein ähnliches, den Beklagten gar nicht berührendes Unrecht begangen, nicht gerechtfertigt werden, und Niemand wird durch eine früher begangene Gewaltthätigkeit schutzlos gegen ähnliche von andern Seiten herkommende Gewaltthaten (S. v. S. 34). Der juristische Grund aber ist der, daß auch nach Preussischem Rechte eine Exceptio de jure tertii eben so wenig wie ein fremdes Klagerrecht zusteht⁵²⁾. Diese Frage ist bei der Redaction in Beziehung auf den umgekehrten Fall, wo zwar der Kläger selbst, aber nicht von dem Beklagten, aus dem Besitz gesetzt worden, zur Sprache gekommen. Die Cleve-Märkische Regierung machte nämlich auf den § 107 des Entwurfs, d. i. § 178 d. T., wo es heißt: „der unredliche Besitzer muß immer dem redlichen weichen,“ diese Erinnerung:

„Auch dann, wenn der neue Besitzer zwar selbst redlich ist, derjenige aber, von dem er den Besitz hat, es nicht war, und der Besitzer, mit welchem er in Collision geräth, seinen Besitz unrechtmäßiger Weise ver-

52) Das Preuß. Landrecht von 1721 ist hierüber klar und bestimmt. Es heißt Buch III, Tit 5 Art. 2 § 4: „Und obgleich der Beklagte wieder die Intention des Klägers excipirte und sagte, der Kläger wäre kein rechtmäßiger Besitzer, — sondern er hätte solche Possession und Besitz einem Andern mit Gewalt oder heimlich entwendet, so ist er damit nicht zu hören, und ist ohne Mittel allein an dem gelegen, ob dem Beklagten solche Entwendung geschehen sei oder nicht. Denn wo der Besitzer solche seine Possession und Besitz von einem Andern, und nicht von dem Beklagten erlanget: mag er, der Antworter oder Beklagter, sich derselben fremden Einrede und Exception gar nicht behelfen noch gebrauchen, obgleich der Besitzer oder Innehaber unrechtmäßiger Weise in die Possession und Besitz gekommen wäre.“

loren hat. Dieß würde auf *exceptionem de jure tertii* hinauslaufen. Selbst der unredliche Besitzer hat nach § 96 die Rechte des Inhabers.“

Darauf meinte Gosler, der Monent lege etwas in das Gesetz, was nicht darin sei, er hätte nur an den § 14 denken sollen ⁵³). In dem Monito ist zwar die *exceptio in rem* mit der *exceptio de jure tertii* verwechselt; man sieht hieraus aber doch, daß der aus dem Rechte eines Dritten hergenommene Einwand für an sich unstatthaft gehalten wurde.

2. Die *Exceptio praescriptionis* ist übergangen, und, was den Besitzstand betrifft, auch nicht denkbar, indem die Possessorienlage nur durch gegenwärtige oder künftig drohende Beeinträchtigung begründet wird. Wegen der vergangenen Störungen kann nur Schadensersatz gefordert werden, und da der Grund der ganzen Klage eine unerlaubte Handlung ist, so verjährt dieselbe in drei Jahren ⁵⁴).

Dem richterlichen Urtheil wird durch Androhung und nöthigenfalls Vollstreckung verhältnißmäßiger Strafen Folgsamkeit verschafft ⁵⁵). Die angedrohte Strafe wird, wenn die Uebertretung feststeht, durch ein Dekret, wenn es zur Feststellung derselben aber noch einer Beweis-Aufnahme bedarf, durch Erkenntniß, gegen welches nur der Rekurs zulässig ist, in Form des Untersuchungs-Prozesses festgesetzt ⁵⁶). Auch kann der Störer, wenn er dem richterlichen Befehle schon einmal entgegen gehandelt hat, oder wenn mit

53) Zeitschrift a. a. D. S. 286.

54) A. L. N. I. 6 § 54.

55) § 151, h. t.

56) Verordnung über die Execution in Civilsachen, v. 4. März 1834, § 10. (Ges.-Samml. 1834 S. 34.) — Kab.-Ordre v. 8. August 1832, § 2 flg. (Ges.-Samml. 1832, S. 199.)

Grund zu fürchten ist, daß er den, durch fernere Beunruhigung erwachsenden, Schaden nicht werde ersetzen können, zur Sicherheitsbestellung für künftige Beunruhigungen (*Cautio de non amplius turbando*), und bezüglich für einen aus fernern Beunruhigungen entstehenden Schaden (*Cautio damni infecti*) angehalten werden ⁵⁷).

Die Anwendung dieses Interdicts auf Prädical-Servituten ist nach Preußischem Recht nicht, wie nach Römischem Recht (S. 251), ausgeschlossen. Schon nach Gemeinem Rechte wird dasselbe auch in Fällen angewendet, wo es sich um Schutz in der Ausübung neuerer dinglicher Rechte, welche nicht gewissen Grundstücken anleben, sondern für sich selbst bestehen (Gerechtigkeiten), als des Jagdrechts, des Fähr- und Zollrechts, des Holzungsrechts u. s. w. handelt ⁵⁸). Das Preuß. Recht macht gar keinen Unterschied zwischen den dinglichen Rechten in dieser Beziehung, und hat keine specielle Interdicte für einzelne *Iura in re*.

Die Duplicität des *Interdicti uti possidetis* wird in der Praxis nicht beachtet.

II. Der zweite Fall (S. 263) ist der des *Summariissimi*, welches sich in dem Preuß. Rechte fast eben so wieder findet, wie es in dem Gemeinen Rechte gestaltet ist. Zwei Abweichungen treten vorzüglich hervor:

1. Der Richter kann nicht *ex officio*, ohne Libell (Klage), das Verfahren eröffnen und die Parthei-Rollen vertheilen, vielmehr schreitet in Fällen, wo dieß nach Gemeinem Rechte nöthig war, die Polizei ein.

2. Das *Summariissimum* ist nicht, wie nach Gemeinem Rechte, eine vorläufige Entscheidung des *interdicti uti*

57) §§ 152 u. 153 h. t. — A. G. D. I. 24 § 54. — A. L. R. II. 20 § 533—537.

58) Wiederhold das *interdict. uti possidetis*, am Schluß.

possidelis, auf welche das Ordinarium folgt, vielmehr gilt dieselbe so lange bis in Petitorio über das Recht zum Besitz eine andere Entscheidung erfolgt ⁵⁹⁾; das Ordinarium ist im Falle eines zweifelhaften Besitzes ganz abgeschafft ⁶⁰⁾.

Die Entscheidung des Summarii geschieht nach richterlichem Ermessen, welches durch folgende Bestimmungen geleitet wird:

1. Zuerst soll auf die allgemeinen Grundsätze von der Collision der Rechte Rücksicht genommen werden (§ 155. 156). Diese sind:

- a. das stärkere Recht muß dem schwächern weichen;
- b. der, welcher einen Vortheil sucht, muß dem nachstehen, der nur einen Schaden abwenden will;
- c. sind die Rechte gleich stark, so muß von beiden so viel nachgegeben werden, daß beide bestehen können;
- d. bis zur richterlichen Bestimmung muß Alles in statu quo bleiben ⁶¹⁾.

2. Dann soll darauf gesehen werden, wer von beiden

59) „Bis zur nähern Erörterung der gegenseitigen Rechte zum Besitz.“ § 155 h. t.

60) Allg. G. D. Th. I. Tit. 31 § 18: „Da durch dieses Urtheil bloß der Besitzstand regulirt, und über das Recht selbst nichts entschieden wird, so soll gegen ein dergleichen Urtheil keine Appellation, noch sonst ein anderes Rechtsmittel Statt finden. Wenn jedoch hiernächst die Hauptsache zum ordentlichen Prozesse gelangt, so gilt das durch den Spruch in der Possessoriensache festgesetzte Interimistikum nur so lange, bis das erste Urtheil in der Hauptsache erfolgt ist; und muß der Richter, wenn er wegen des Besitzstandes eine Aenderung nöthig findet, das Erforderliche darüber in dem Haupturtheil ausdrücklich festsetzen. Bei dieser Festsetzung hat es sodann, bis die Hauptsache rechtskräftig entschieden ist, sein Bewenden.“

61) Einleitung z. A. E. R. § 95 — 98.

Theilen den geringsten Nachtheil aus dem Besitze des Andern hat, also:

- a. Wenn aus dem einstweiligen Besitze des Einen dem Andern gar kein Schade entstehen würde, so muß vorzüglich dieser im einstweiligen Besitze bleiben (§ 157);
 - b. Wer von beiden Theilen dem Andern auf den Fall, daß derselbe für den rechtmäßigen Besitzer erklärt würde, für den aus der Vorenthaltung des Besizes entstandenen Schaden gerecht zu werden am besten im Stande ist, behält vorläufig den Besitz (§ 158).
3. Fehlen diese Voraussetzungen alle, so wird die Sache in gerichtliche Verwahrung genommen. Dieß geschieht besonders:

- a. wenn für den obsiegenden Theil ein unerseklicher Schade dadurch zu besorgen, daß der Andere den einstweiligen Besitz behält (§ 159);
- b. wenn aus der einstweiligen Einräumung des Besizes an Einen Gewaltthatigkeiten, welche die öffentliche Ruhe und Sicherheit stören, zu besorgen sind (§ 160).

§ 28.

Interdicta recuperandae possessionis.

Heinr. Constant. Cras Diss. exhibens Specimen jurisprudentiae Ciceronianae, seu Ciceronem justam pro Caecina causam dixisse. Lugd. Bat. 1769. 4.

Ferd. Gottl. Fleck Comment. binae de interdicto unde vi et remediis spoli, Lips. 1796. 8.

Christ. Rau s. Aug. Corn. Stockmann Diss. de precario, Lips. 1774.

J. G. Vogel Diss. de precario, Goett. 1786.

Das ältere Römische Recht kennt drei auf Wiedererlangung eines verloren gegangenen Besizes gehende Rechtsmittel, nämlich: das *interdictum unde vi*, *de clandestina possessione* und *de precario*.

I. Das Interdictum unde vi setzt voraus:

1. juristischen Besitz; doch wird von Vielen behauptet, daß schon die bloße Detention zur Anstellung des Interdicts genüge und mithin der Pächter, Miether, Commodatar ein Recht darauf habe ¹⁾).
2. Gewaltthätige Verletzung desselben. Hier wird unter Gewalt nicht jede bloß wider Willen des Besitzers unternommene Handlung verstanden, wie bei den interdictis retinendae possessionis, sondern vis atrox ²⁾), d. h. eine wirkliche Gewaltthätigkeit.
3. Der Beklagte muß physischer oder intellectueller Urheber oder Miturheber der Gewaltthätigkeit sein ³⁾), oder durch die in seinem Namen von einem Andern verübte Gewaltthat Vortheil erworben haben ⁴⁾). Gegen den Erben geht die Klage nur in soweit, als er in Folge der Handlung in Vortheil gekommen ist (in id quod ad eum pervenit) ⁵⁾).
4. Der Besitz muß durch die Gewaltthat verloren gegangen, d. h. die fremde Gewalt muß die Ursache des Verlustes sein ⁶⁾).

Nach dem ältern Rechte mußte der Gegenstand des Besitzes auch eine unbewegliche Sache sein ⁷⁾), für bewegliche Sachen wird das Interdict durch andere Klagen für

1) Ueber diese Controverse s. m. v. Savigny a. a. D. 6te Aufl. S. 172. und flg. und S. 511 und flg. —

2) L. 1. § 3. D. de vi. (XLIII. 16.)

3) L. 1. § 12 — 15. L. 3. § 10 — 12. D. eodem.

4) L. 1. § 11. 15 — 21. L. 4. D. eodem.

5) L. 1 § 48. L. 3. pr. L. 9. pr. L. 2. D. eod. — L. 11. C. de possess. (VII. 32.)

6) L. 1. § 45 D. eodem, und die Erklärung dieser Stelle von v. Savigny, a. a. D. S. 189. Vergl. auch S. 405.

7) L. 1. §. 3 — 8. D. eodem. — Paulus Rec. sent. V. 6. § 5.

entbehrlich erklärt⁸⁾. Im Justinianischen Rechte wird es, zufolge der durch Valentinian erhaltenen Ausdehnung⁹⁾, auch auf bewegliche Sachen angewendet¹⁰⁾.

Die Wirkung des, auch den Erben des Dejectus zustehenden, Interdicts ist Wiedereinsetzung in den Besitz und vollständiger Schadensersatz¹¹⁾. Der Werth der verloren gegangenen einzelnen Sachen wird in Ermangelung anderer Beweise durch den Eid des Klägers (juramentum Zenonianum) bestimmt¹²⁾.

Die Exceptionen der *injusta possessio*, nach altem Rechte, wie bei den *Interdictis retinendae possessionis*, auch gegen das *interdictum unde vi*, nur nicht gegen das *de vi armata*¹³⁾, zulässig¹⁴⁾, sind nach Justinianischem Rechte unstatthaft¹⁵⁾.

Der Einwand der Verjährung findet nach Verlauf eines Jahres nach der Dejection statt¹⁶⁾, außer wenn die Klage bloß auf Restitution der Sache gerichtet ist, die der Beklagte noch im Besitz hat (*in id quod ad eum pervenit*)¹⁷⁾.

8) L. 1. § 6. D. eod. Ueber die dadurch entstehende Lücke und den eigentlichen Grund der Nichtanwendung des *Interdicti unde vi* bei beweglichen Sachen s. m. v. Savigny a. a. D. S. 522—534.

9) L. 7. C. unde vi. (VIII. 4.) — L. 3. C. Theod. eod.

10) § 1. J. de vi honor. rapt. (IV. 2.) — § 6. J. de interdictis. IV. 15.)

11) L. 1. § 41. D. de vi. (XLIII. 16.)

12) L. 9. C. unde vi. (VIII. 4.)

13) Cicero pro Caecina, cap. 8, 22, 32.

14) Paulus V. 6. § 7. — *Fragm. legis thoriae* (Haubold monumenta legalia, p. 15.) — Cicero pro Tullio, cap. 44; pro Caecina, c. 32: *epist. ad famil.* VII. 13.

15) § 6. J. de interdictis. (IV. 15.)

16) L. 1. pr. L. 1. § 39. D. de vi. (XLIII. 16.)

17) L. 1. pr. D. eod. L. 7. § 5. D. communi divid. (X. 3.)

Dieses Rechtsmittel ist durch das canonische Recht zum Theil wirklich erweitert; durch die Practiker aber in ein ganz anderes, von dem ursprünglichen wesentlich abweichendes, verwandelt worden. In dieser Gestalt ist es unter dem Namen des *Spolii* bekannt, welches seinen erster Grund in dem berühmten Canon *redintegranda* ¹⁸⁾ hat.

In wiefern dieses neue Rechtsmittel in der Art, wie es im gemeinen Recht vorgestellt wird, in den Quellen wirklich begründet ist oder nicht, hat für den Zweck dieser Darstellung kein Interesse. Die Unterschiede zwischen dem Römischen *Interdicto unde vi* und dem *Spolio* werden von den Practikern so angegeben:

- 1) Das Römische *Interdictum* soll bloß wegen unbeweglichen Sachen zugestanden haben, während das *Spolium* auch auf bewegliche Sachen geht.
- 2) Das Erstere setzt wirklichen juristischen Besitz voraus; das Letztere soll auch dem zustehen, welcher *alieno nomine* besitzt, und selbst gegen den, *ejus nomine* er besitzt.
- 3) Bei dem Erstern wird wahre Gewaltthätigkeit erfordert; Letzteres soll auch dann begründet sein, wenn Jemand durch bloße Drohungen oder List jeder Art aus dem Besitz gesetzt ist.
- 4) Das Erstere geht gegen die Erben nur soweit sie rei-

18) C. 3. C. 3. q. 1. „*Redintegranda sunt omnia exspoliatis, vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda quacunq[ue] conditione temporis aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, aut per quascunq[ue] injustas causas, res ecclesiae, vel proprias, id est substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum*“ etc. — v. Savigny, § 50.

cher sind, gegen Dritte gar nicht; das Letztere soll sogar gegen jeden unschuldigen Dritten gehen.

5) Es gilt auch bei unförperlichen Sachen, d. h. als Schutzmittel aller Rechte überhaupt.

6) In keinem Falle wird es auf Ein Jahr beschränkt.

Dieses Remedium spoliū kann auf zwiefache Weise geltend gemacht werden:

1) Per modum actionis. Dagegen werden keine Exceptionen zugelassen, außer wenn etwa ein Damnum irreparabile zu fürchten, und die Einrede liquide wäre.

2) Per modum exceptionis, in welcher Form es jede Klage des Spolianten bis zur Restitution ausschließt, wenn das Spolium binnen 14 Tagen bewiesen wird.

II. Das interdictum de clandestina possessione ¹⁹⁾ beruhte im Wesentlichen auf denselben Grundsätzen, wie das Interdictum unde vi, nur daß die Entziehung des Besitzes den Character der Heimlichkeit, statt der Gewalt, haben mußte ²⁰⁾. Nach Justinianischem Rechte konnte jedoch auf diese Weise der Besitz an unbeweglichen Sachen nicht mehr verloren gehen, indem der Satz angenommen worden war, daß bei Grundstücken, welche in des Besitzers Abwesenheit occupirt werden, der Besitz so lange fortbauere, bis der Besitzer davon Kenntniß erhält. Beruhigt er sich dann dabei, so hat er den Besitz animo verloren, unternimmt er aber, den Inhaber mit Gewalt auszutreiben, so wird sein Angriff als bloße Vertheidigung oder Nothwehr, und sein Besitz, wenn der Angriff Erfolg hat, für nicht unterbrochen angesehen; bleibt dagegen der Angriff erfolglos, so wird er für dejectirt gehalten und ihm das Interdictum unde vi gegeben ²¹⁾. Da-

19) L. 7. § 5 D. communi divid. (X. 3.)

20) L. 6. pr. L. 40. § 2. D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI. 2.)

21) L. 46. L. 8. § 3. 4. L. 25. § 2. L. 3. § 7. 8. L. 6. § 1 u. L. 7. D. eod.

mit wurde das, ebenfalls nur auf unbewegliche Sachen sich beziehende Interdictum de clandestina possessione unpractisch.

III. Interdictum de precario heißt das Rechtsmittel desjenigen, der einem Andern eine Sache auf dessen Bitte oder auch aus eigener Bewegung ²²⁾ zum Gebrauch erlaubt hat ²³⁾, und von ihm nicht wieder zurückerhält. Durch die Weigerung, die Sache zurückzugeben, wird die auf den precario rogans übergegangene possessio injusta; und kann mittelst dieses Interdicts zurückgefordert werden ²⁴⁾. Dasselbe geht auch gegen den Erben als solchen ²⁵⁾, und ist an keine besondere Verjährungsfrist gebunden ²⁶⁾. Es paßt auf keins der heutigen Verhältnisse mehr ²⁷⁾, am wenigsten nach Preuß. Rechte, welches dem precario rogans den Besitz abspricht (S. 45), so daß hier das Bedürfnis eines Interdicti recuperandae possessionis fehlt.

Diese drei Rechtsmittel von gleicher Wirkung, aber von verschiedenen Erfordernissen und mit besondern Eigenthümlichkeiten, hat das Allgem. Landrecht gleichsam in Eins verschmolzen, indem es bestimmt:

§ 146. „Ist die Gewahrsam oder der Besitz — Jemanden mit Gewalt entnommen worden, so müssen ihm dieselben, ohne Rücksicht auf ein besseres Recht dessen, der die Gewalt verübt hat, wieder gegeben werden.“

22) Paulus V. 6. § 11.

23) L. 2. § 3. D. de precario. (XLIII 26.)

24) L. 14. L. 22. § 1. D. eod. — L. 14. § 11. D. de furtis. (XLVII. 2.)

25) L. 8. § 8. D. de precario. (XLIII. 26.) — L. 2. C. eod. (VIII. 9.) War controvers unter den Römischen Juristen. Paulus V. 6. § 12.

26) L. 8. § 7. D. eodem.

27) Ueber die Entstehung und Bedeutung dieses Verhältnisses s. m. v. Savigny a. a. D. S. 562 und fig.

§ 147. „Eben dieses findet Statt, wenn Jemand die Sache oder das Recht heimlich, durch List, oder bittweise, von dem vorigen Besitzer an sich gebracht hat.“

Folgerecht müßte das Landrecht eine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes gar nicht geben. Denn in allen diesen Fällen verliert der Besitzer (Civil-Besitzer) seinen Besitz nicht, sondern der, welcher auf solche fehlerhafte Weise den Gegenstand an sich bringt oder behält, gilt nur für einen Inhaber (Natural-Besitzer). (S. v. S. 23.) Nur zur Wiedererlangung der Gewahrsam dient das Rechtsmittel.

I. Die Erfordernisse dieser Klage sind:

1. In Beziehung auf den Kläger:

Er muß die Gewahrsam oder den Besitz gehabt und wirklich verloren haben, und zwar durch eine der bestimmt ausgezeichneten Handlungen eines Andern, als: Gewalt, List, Heimlichkeit oder Bitte.

a. Die Gewalt ist eben so zu bestimmen wie bei dem Römischen Interdicto unde vi.

b. Für List gilt jede betrügliche Willensbestimmung, in sofern sie die Ursache ist, aus welcher der Besitzer den Gegenstand seines Besitzes oder Gewahrsam hinläßt.

c. Was eine heimliche Handlung in Hinsicht auf die Entziehung des Besitzes sei, hat man zu erkennen für schwierig und einer genauen Bestimmung bedürftig gehalten. Der Dänische Regierungs-Advocat Schrader zu Pinneberg monirte: es sei nicht genug, daß der Andere von der Besitzergreifung nichts gewußt oder erfahren habe, sondern der Handelnde müsse auch die Absicht gehabt haben, den Besitz heimlich zu ergreifen. Diese Absicht verrathe sich von selbst durch die Zeit, Art und Weise, wie der Besitz ergriffen werde. Es könne Jemand absichtlich eine Handlung

heimlich unternehmen, die der Andere dennoch erfahre, wozu er aber schweige, weil sie heimlich und also unrechtmäßig geschehen. Auf der andern Seite könne auch die Handlung verborgen bleiben, ohne daß sie mit Absicht heimlich vorgenommen worden. Gofler wollte indeß die Schwierigkeiten nicht anerkennen und meinte, es folge, wenn die Rechtmäßigkeit des Besitzes auf sichere äußere Merkmale gegründet werde, von selbst, daß jeder Besitz, bei welchem diese Merkmale fehlen, unrechtmäßig sei, und daher nichts weiter wirke, als bloß die Rechte eines Inhabers. Bei körperlichen Sachen müsse sich jederzeit leicht ausmitteln lassen, ob Jemand solche heimlich in Besitz genommen habe, sobald keine offenbare Nachlässigkeit des Eigenthümers hinzukomme. Bei Rechten hingegen, wo die Schwierigkeit eigentlich nur vorhanden, falle sie nach den festgesetzten Eigenschaften des Besitzes von selbst fort²⁸⁾. Die Vorschläge des Monenten sind dann nicht weiter berücksichtigt worden. Dessen Ansichten sind auch in der That irrig. Es kommt nicht auf die Absicht des Handelnden an, sondern auf die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Besitzers, welche nur dann gedacht werden kann, wenn derselbe von der Handlung Wissenschaft erhalten hat. Deshalb ist jede Besitzergreifung heimlich, welche dem bisherigen Besitzer verborgen geblieben ist; wogegen sie nach den Umständen, entweder den Character der Uebergabe oder den der bittweisen Ueberlassung annehmen muß, wenn der Besitzer damit bekannt ist.

d. Bittweise bringt Jemand eine Sache oder ein Recht an sich, wenn ihm der Gebrauch eingeräumt worden, ohne daß weder die Art, noch der Zweck, noch die Dauer desselben bestimmt ist²⁹⁾. Nach Römischem Rechte erlangte

28) Zeitschrift a. a. D. S. 281 ad § 105, und S. 255—257. ad § 62. Mon. 2.

29) U. L. R. I. 21. § 231.

er dadurch den Besitz, und weil durch das Verhältniß keine Obligation und mithin auch keine Klage begründet wurde, so war dem vorigen Besitzer, dem die Zurückgabe verweigert wurde, ein *interdictum recuperandae possessionis* nothwendig. Das Landrecht erklärt ihn aber für einen bloßen Inhaber und deshalb für schuldig, den Gegenstand auf jedesmaliges Erfordern des Einräumenden, zu allen Zeiten zurückzugeben³⁰⁾. Folgerrecht müßte der Besitzer sich die Gewahrsam *propria auctoritate* wieder verschaffen können (S. v. S. 60 und 62).

Der Kläger muß den gehaltenen Besitz sowohl als die Ursache des Verlustes beweisen. Die Rechte des Entsetzten gehen auch auf dessen Erben über³¹⁾.

2. Der Beklagte kann nur sein a) derjenige, welcher solchergestalt die Gewahrsam der Sache oder die Ausübung des Rechts an sich gebracht hat, b) die Theilnehmer und Gehülfen desselben, c) deren Erben.³²⁾; nicht aber ein Singular-Successor oder sonst ein Dritter, weil die Klage eine persönliche ist.

3. Gegenstand kann sowohl eine bewegliche als unbewegliche Sache, oder auch ein für den Besitz geeignetes Recht (S. 271) sein.

II. Die Wirkung dieser Klage ist die Wiedereinsetzung

30) §§ 231. 232. a. a. D.

31) § 149 h. t. Dieser sich von selbst verstehende Satz ist bloß deshalb ausdrücklich ausgesprochen, weil mehrere Monenten eine ausdrückliche Bestimmung darüber verlangten. Suarez zu §§ 93 — 105 des Entwurfs No. 4. Zeitschrift a. a. D. S. 285.

32) § 148 h. t. „Vorstehende Rechte (§ 146. 147) kommen demjenigen, welcher solchergestalt seines Besitzes zur Ungebühr entsetzt worden, nicht nur gegen den Entsetzenden und seine Theilnehmer, sondern auch gegen deren Erben zu. (Lit. 6. § 28 seqq.)“

in die verlorene Gewahrsam einer körperlichen Sache, oder in die Ausübung des besessenen Rechts. Schadensersatz kann aus demselben Klagerichte (Causa), jedoch nur in einem Separatverfahren, welches nach Maßgabe der Summe der Bagatell- oder der ordinaire Prozeß ist, gefordert werden³³⁾.

III. Besondere Exceptionen sind:

1. Ein fehlerhafter Besitz, unter den bei den Interdictis retinendae possessionis gedachten Voraussetzungen (S. 268).

2. Eine kurze Verjährung. An einer allgemeinen Bestimmung darüber fehlt es. Die Allgem. Gerichts-Ordnung Th. I. Tit. 31. § 1. bestimmt:

„Das Possessorium summariissimum findet Statt, wenn Jemand des Besitzes **neuerlich** heimlicher oder gewaltsamer Weise entsetzt worden.“

Der § 154 des Allgem. Landrechts d. L., welcher den ruhigen Besitz unmittelbar vor der Störung verlangt, bezieht sich weder auf die Verjährung überhaupt, noch auf die Klage zur Wiedererlangung des Besitzes. Diese Bestimmung der Gerichtsordnung ist daher die einzige Stelle, welche im Allgemeinen die Verjährung andeutet. Dieselbe Stelle findet sich wörtlich schon im Corpus juris Fridericianum³⁴⁾, ohne daß dadurch in dem, neben demselben in materieller Beziehung gegoltenen, Gemeinen Recht etwas geändert worden wäre, so daß mithin bis zum Allg. Landrecht die gemeinrechtlichen Verjährungsfristen gegolten haben. Dieser Umstand weist darauf hin, daß dieselben noch gegenwärtig gelten müssen, soweit das Allgem. Landrecht weder ausdrückliche noch aus andern allgemeinen Sätzen folgende Abänderungen ent-

33) A. G. D. I. 31. § 17. C. v. C. 250.

34) Th. II. Tit. 7. § 1.

hält. Die Materialien des Allgem. Landrechts bestätigen dieß. Einige Monenten verlangten nämlich die Bestimmung einer kurzen Verjährungsfrist, und Gosler trat ihnen bei, bemerkend:

„Wegen der Frist könnten die Grundsätze Tit. II. § 46 sqq. analogisch angewendet werden ³⁵).“

Das Allegat, welches der § 44. Tit. 5. Th. I. im Allgem. Landrecht ist, paßt nicht, vermuthlich ist aber Tit. I. § 46 gemeint, welcher sich im § 45. Tit. 4. Th. I. wiederfindet, und im Entwurfe so lautet:

„Wer eine sonst rechtsbeständige Willenserklärung wegen Gewalt oder Zwanges anfechten will, muß solches innerhalb sechs Wochen, nachdem er den Richter anzutreten die Freiheit gehabt, gerichtlich anzeigen.“

Nach diesem Vorschlage würde dann eine wesentliche Abänderung des bisherigen Rechts eingetreten sein. Damit erklärte Suarez sich jedoch nicht einverstanden.

„Der Antrag einiger Monenten,“ sagt er, „eine und zwar möglichst kurze Frist zu bestimmen, binnen welcher die Spolienklage nur zulässig sein solle, welchem auch Herr Gosler beitrifft, scheint allerdings viel für sich zu haben, indem dem gemeinen Besten an Gewisheit der Besitzrechte fast noch mehr als an Gewisheit des Eigenthumes gelegen ist; allein wenn man erwägt, daß die Spolienklage doch immer nur gegen den Spolianten und dessen Erben stattfinde, gegen einen dritten redlichen Besitzer aber nicht zulässig sei; so verschwindet die scheinbare Nothwendigkeit einer kurzen Präscription, und es bleibt kein Grund mehr übrig, dem spolianti durch einen geringen Zeit-

35) Zeitschrift a. a. O. S. 281, ad Mon. I zu § 103, u. ad Mon. I zu § 105.

verlauf eine Schutzwehr zu verschaffen, welche ihm die bisherigen Gesetze nicht einräumen³⁶⁾."

Indem man also keine besondere Bestimmung traf, beabsichtigte man das bisherige Recht beizubehalten. Hiernach stellt sich das wirklich geltende Recht so: Vor dem Allgem. Landrechte verjährte das Interdictum unde vi, oder die Spolienklage³⁷⁾, in der Regel in vier Jahren, ausgenommen, a) wenn der Beklagte die Sache noch in Gewahrsam hat, und der Kläger diese Sache, nicht aber Schadensersatz verlangt, und b) wenn in Abwesenheit des Besitzers dessen Leute vertrieben worden sind³⁸⁾. Das Interdictum de precario verjährte erst in dreißig Jahren, und das Interdictum de clandestina possessione war unpractisch. Das Allg. Landrecht faßt diese verschiedenen Interdicte zusammen, und erklärt sie für persönliche Klagen aus unerlaubten Handlungen. Dieß hat man zwar bestritten³⁹⁾, die Quellen sind darüber aber klar. Denn es wird nicht allein im § 148 h. t. ausdrücklich auf Tit. 6. § 28 sqq. verwiesen, sondern auch die Redactoren haben auf die Grundsätze über unerlaubte Handlungen Bezug genommen, wie sich aus folgenden Bemerkungen zu § 103 des gedruckten Entwurfs in den Materialien ergibt:

„Mon. 2. Der in jure canonico entschiedene Fall, nach welchem die Klage auch wider einen Dritten, der

36) Zu §§ 93 — 105. No. 5; Zeitschrift a. a. D. S. 285.

37) Die Meinung, daß die Spolienklage dreißig Jahre dauere, ist ohne allen Grund. M. s. darüber v. Savigny a. a. D. § 50 in der 6ten Aufl.

38) L. 1. C. si per vim. (VIII. 5.)

39) Bornemann sagt a. a. D. S. 533, Note †: „Er folgert dieß aus dem — Satze, daß die Possessorienklage eine Klage aus unerlaubten Handlungen sei. — Allein die Prämisse ist — irrig.“

an einer gewaltsamen Störung Theil genommen hat, stattfindet, ist übergangen."

Göfler. „Folgt schon aus den Grundsätzen des Titels von unerlaubten Handlungen, worauf Bezug genommen werden könnte."

„Mon. 3. Der Störer muß die Sache mit allen Nutzungen erstatten."

Göfler. „Erlediget sich aus dem vorigen."

Hiernach muß nun die Klage, wenn sie auf Schadensersatz geht, in Drei Jahren ⁴⁰⁾, wenn sie aber auf Wiedererlangung der Sache, in deren Gewahrsam sich der Beklagte noch befindet, gerichtet ist, in Dreißig Jahren verjähren.

Davon gelten folgende Ausnahmen:

1. Der Fiskus, gegen welchen sich Jemand in den Besitz der Freiheit von allgemeinen Abgaben setzt, verliert binnen Zwei Jahren das possessorisches Rechtsmittel ⁴¹⁾.
2. Der aus der Pacht entsetzte Pächter kann auf Wiedereräumung der Pacht nur binnen sechs Monaten nach erfolgter Ermission klagen ⁴²⁾. Eine so kurze Dauer der Besitzklage wird durch das vorübergehende Pacht-

40) U. E. R. I. 6. 54. „Wer einen außerhalb dem Falle eines Contracts erlittenen Schaden innerhalb dreier Jahre, nachdem das Dasein und der Urheber desselben zu seiner Wissenschaft gelangt sind, gerichtlich einzuklagen vernachlässigt, der hat sein Recht verloren."

41) U. E. R. II. 14. § 80. „Doch muß der, welcher eine Exemption behauptet, wenn er nicht wenigstens seit zwei Jahren im Besitze der Freiheit sich befindet, die von ihm geforderten Abgaben während des Prozesses, mit Vorbehalt seines Rechts entrichten."

42) U. G. D. Th. I. Tit. 44. § 44. „Wenn der Pächter sich beschwert, daß er von dem Verpächter eigenmächtig ermittelt

verhältniß bedingt. Manche wollen diese Frist analogisch auch auf andere possessoriſche Klagen anwenden. Dagegen iſt aber das erhebliche Bedenken, daß der temporäre unvollständige Beſitz eines Pächters ſeinem Grunde und ſeiner Natur nach ſehr verſchieden von einem vollſtändigen Beſitze iſt, und dieſe Ungleichheit eine Analogie völlig excluſt.

Die Beſtimmung des § 463. Tit 7. Th. II. des Allg. Landrechts, wonach bei Dienſtſtreitigkeiten die Unterthanen diejenigen Dienſte, welche ſie in dem letzten Jahre vor erfolgtem Widerſpruche geleistet haben, bis zur Entſcheidung der Sache fortſetzen ſollen, gehört nicht hierher.

Die Exceptio spoli des gemeinen Rechts iſt unſerm Rechte völlig unbekannt. In dem gedruckten Entwurfe war ſie anerkannt, indem der § 104 h. t. beſtimmte:

„Der Beraubte iſt nicht ſchuldig, ſich auf den Anſpruch ſeines Gegners einzulassen, ehe nicht ſein Beſitz wieder hergeſtellt, und die Sache in den vorigen Stand verſetzt worden.“

In dem umgearbeiteten Entwurf iſt aber dieſe Stelle durchgeſtrichen ⁴³⁾

Es kommt bei den Beſitzklagen auch auf das beſſere Recht des Beklagten zum Beſitz nichts an ⁴⁴⁾.

worden ſei, und auf ſeine Wiedereinſetzung anträgt; ſo iſt dieſes als eine Spoliensache zu betrachten.“

§ 45. „Dergleichen Klage eines entſetzten Pächters, auf Wiedereinräumung der Pacht, findet jedoch nur binnen ſechs Monaten nach erfolgter Ermiſſion Statt. Späterhin kann er nur auf Schadloshaltung klagen.“

43) Zeiſchriſt a. a. D. S. 371. Note 2.

44) § 146 h. t. „ohne Rückſicht auf ein beſſeres Recht deſſen, der die Gewalt verübt hat.“ Vergl. § 147. 150.

§ 29.

Form des possessorigen Prozesses.

Der Prozeßgang bei den Römischen Interdicten war im Wesentlichen der, daß der Kläger den Prätor oder Proconsul um das Interdict anging (*impetratio interdicti*), und daß dieser, wenn er den Antrag des Klägers, nach Anhörung des Gegentheils, begründet fand, den Befehl nach der in dem Edict vorgeschriebenen Formel erließ. *Auctoritas, quam Praetor aut Proconsul principaliter finiendis controversiis praeponit*¹⁾. Beruhigte sich der Beklagte, so hatte es dabei sein Bewenden; machte er Einwendungen, so wurde die Sache von dem, von dem Magistratus auf Antrag des Klägers ernannten Jurer oder Arbitr *jure ordinario* verhandelt²⁾. Dieser Prozeß war kein summarischer³⁾. Im Justinianischen Rechte findet dieses Verfahren nicht mehr Anwendung, und der Unterschied zwischen Interdicten und Actionen hat in Beziehung auf das Verfahren ganz aufgehört⁴⁾. Im Mittelalter hat die Entwicklung des possessorigen Prozesses in den verschiedenen Ländern des Röm. Rechts einen verschiedenen Gang genommen. In Deutschland wurde das *possessorium* nicht summarisch behandelt⁵⁾; dagegen bildete sich

1) Gajus Lib. IV. § 139.

2) Gajus l. c. § 141. — L. 1. § 2 D. si ventris nom. (XXV. 5.) — Haubold, über die Stelle von den Interdicten in den Veronesischen Handschriften; in v. Savigny's Zeitschr. 2c. Bd. III. S. 358 u. flg. — v. Savigny ebendasselbst. Bd. V. No. I.

3) v. Savigny in der Zeitschr. 2c. Bd. VI. S. 229 u. flg.

4) § 8 I. de interdictis. (IV. 15.) „De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia), non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.“ — L. 3 C. de interd. (VIII. 1.)

5) Gail. Observ. lib. I. obs. 7. — v. Savigny Besiz. § 34 am Ende.

für die Fälle des Interdicti uti possidetis, wo Gewaltthätigkeiten zu besorgen waren (oben Seite 258), so wie für das Spolium⁶⁾ ein bestimmt summarischer Prozeß, auf Grund der Bestimmungen des canonischen Rechts, welches für gewisse Fälle eine kurze Prozedur anordnete⁷⁾. Das für den gedachten Fall des Interdicti uti possidetis sich gebildete neue Rechtsmittel, das Summarium oder Summariissimum, stand zu dem alten oder gewöhnlichen, Possessorium plenarium oder ordinarium, in dem Verhältniß, wie eine niedere Instanz zu einer höhern, nur mit dem Unterschiede, daß die Entscheidung des vorläufigen Verfahrens sogleich vollzogen wurde und mithin ein Interimisticum war. (Oben S. 255.)

In dem Preuß. Rechte ist das Ordinarium ganz aufgehoben, und für alle übrigen possessoriischen Klagen, also für die Interdicta recuperandae possessionis und für das Spolium, so wie für das Summarium, ein und derselbe bestimmt summarische Prozeß vorgeschrieben. A. G. D. Th. I Tit. 5 § 27:

„Außer dem Possessorio summarissimo, von welchem unten besonders gehandelt wird, soll in Ansehung der Instruktion des Prozesses, kein Unterschied zwischen dem Petitorio und Possessorio Statt finden; sondern alle Thatsachen, welche zur Entscheidung der Frage des Besitzes und der Frage des wirklichen Rechts gehören, sollen zugleich und in Einem Prozesse aufgenommen und untersucht, also auch in dem über das Recht abzufassenden Haupturteil, zugleich über die etwaigen Folgen des Besitzes, nach der verschiedenen Qualität desselben, erkannt werden.“

Diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf das Interdictum uti possidetis und auf das Verhältniß des Summarii

6) *Boehmer jus eccles. Protestant. Lib. II. Tit. 13. p. 1107 sqq.*
— *Boehmer de vero usu remed. possess. ord. et summ.; in exercit. ad Pand. Tom V. No. 90.* — *Schorch de remedio spolii. Erf. 1772.*

7) *Clem. 2. de judiciis.* — *Clem. 2. de verb. sign.*

zum Ordinario, so wie des Ordinarii zum Petitorio, so daß dadurch keinesweges, wie man nach den Worten glauben könnte, für die Interdicta recuperandae possessionis und für das Spolium der Besitzprozeß ausgeschlossen ist. Dieß bestimmt der § 1 des Titels 31, vom Verfahren im Possessorio summarissimo und in Spoliensachen ganz ausdrücklich:

„Das Possessorium summarissimum findet Statt, wenn Jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechts beunruhigt, oder wenn er dieses Besitzes neuerlich heimlicher oder gewaltsamer Weise entsetzt worden ist.“

Damit ist die Bestimmung des Allgem. Landrechts § 147 h. t. zu verbinden, wonach „eben dieses Statt findet, wenn Jemand die Sache oder das Recht mit List oder bittweise von dem vorigen Besitzer an sich gebracht hat.“ Wiewohl also das Ordinarium, d. h. der Prozeß über den bloßen Besitzstand, in dem Falle des Interdicti uti possidetis, wo wegen zu besorgender Gewaltthätigkeiten das Summarium über den jüngsten Besitz vorausging, aufgehoben und nur gestattet ist, auf das Summarium das Petitorium anzubringen, so ist doch nachgelassen, in dem Petitorio die Frage über den Besitzstand wieder zur Sprache zu bringen und mit der Frage über das Recht zum Besitze zugleich entscheiden zu lassen, mithin das Ordinarium mit dem Petitorio zu cumuliren. Dieß bestimmt der oben angeführte § 27 in den Worten:

„sondern alle Thatsachen, welche zur Entscheidung der Frage des Besitzes und der Frage des wirklichen Rechts gehören, sollen zugleich und in Einem Prozesse aufgenommen und untersucht, also auch in dem über das Recht abzufassenden Haupturteil, zugleich über die etwanigen Folgen des Besitzes — erkannt werden.“

in Verbindung mit dem § 18 Tit. 31:

„Wenn jedoch hiernächst die Hauptsache zum ordent-

lichen Prozesse gelangt, so gilt das durch den Spruch in der Possessoriensache festgesetzte Interimisticum nur so lange, bis das erste Urteil in der Hauptsache erfolgt ist; und muß der Richter, wenn er wegen des Besitzstandes eine Aenderung nöthig findet, das Erforderliche darüber in dem Haupturteil ausdrücklich festsetzen. Bei dieser Festsetzung hat es sodann, bis die Hauptsache rechtskräftig entschieden ist, sein Bewenden.“

Der Theil des Urteils also, der das Ordinarium entscheidet, ist gleich executorisch. — Eine Ausnahme soll von dieser nothwendigen Cumulation der Klage über den Besitz mit der Klage über das Recht Statt finden. Es heißt nämlich im § 28 Tit. 5 a. a. D.:

„Nur bei Erbschaften, wenn die Gesetze⁸⁾ einem Testaments- oder Intestaterben besondere Rechtsmittel, sich vorläufig den Besitz eines liegenden und in Niemandes Besitz befindlichen Nachlasses zu verschaffen, an die Hand geben, können dergleichen Klagen besonders angestellt und von dem Prozesse über das Erbrecht selbst getrennt werden.“

Hiermit ist das Interdictum adipiscendae possessionis quorum bonorum gemeint, welches keine Besitzklage ist und nicht hierher gehört.

Das Verfahren bei dem summarischen Besitzprozesse ist dieses:

Der Kläger bringt die Klage schriftlich oder mündlich unter Ueberreichung der Beweismittel, wenn er sie zur Hand hat, bei dem competenten Richter an, auch kann er, wenn er den Zeugenbeweis antreten will, die Zeugen gleich mitbringen, welche vorläufig, jedoch mit Aussetzung des Zeugeneides, auf der Stelle vernommen werden müssen⁹⁾. Die

8) N. L. R. I. 12. §§ 244—253.

9) Allg. Gerichts-Ordn. Th. I. Tit. 31 § 3.

Klage wird dem Beklagten mit Bestimmung eines kurzen Termins zur Beantwortung und zur mündlichen Verhandlung der Sache zugestellt. Eine Prorogation findet ohne Zustimmung des Klägers nicht Statt¹⁰⁾. Wird über Besitzstörung geklagt und ist die Klage einigermaßen bescheinigt, so wird dem Beklagten gleich in der Vorladung befohlen, bei Strafe sich aller fernern Störung zu enthalten¹¹⁾. Unter Bescheinigung wird ein wirklicher, wenn gleich nicht vollständiger, Beweis¹²⁾, oder eigentlich der Nachweis, die Belegung einer Thatsache durch einen Schein (schriftliches Zeugniß, testimonium), auch ein Beweis verstanden, worüber noch nicht contradictorisch verhandelt worden ist, und der in der Folge möglicher Weise sich nicht bloß als unvollständig, sondern selbst als ganz werthlos zeigen kann. Eine Bescheinigung kann daher durch Urkunden, durch Zeugen, oder auch auf andere Art¹³⁾, aber nicht durch bloße Angabe von Beweismitteln¹⁴⁾, folglich auch nicht durch Eidesdelation¹⁵⁾, beigebracht werden. Ist keine Bescheinigung beigebracht, so wird beiden Theilen anbefohlen, sich bis zur Untersuchung des streitigen Besitzes aller Verfügungen darüber bei Strafe zu enthalten¹⁶⁾. Zu diesem Termine müssen die vom Kläger vorgeschlagenen Zeugen vorgeladen oder von ihm mitgebracht werden¹⁷⁾. Ebenso muß der Beklagte

10) A. G. D. Th. I. Tit. 31 § 11.

11) Ebend. § 5. — Gönner, Handbuch des Proz. IV. S. 460.

12) Rescr. vom 29. Octbr. 1821. (Jahrb. Bd. XVIII. S. 292.)

13) Rescr. vom 10. Sept. 1821 (Jahrb. Bd. XVIII. S. 25.)

14) Rescr. vom 29. Oct. 1821. (Ebend. S. 292.)

15) Rescr. vom 1. Jul. 1831. (Jahrb. Bd. XXXVII. S. 350.)

— Rescr. vom 19. Septbr. 1831. (Jahrb. Band XXXVIII. S. 96.) — Schroeter, num in poss. summariss. juramenti delatio locum habeat. Vit. 1727.

16) A. G. D. a. a. D. § 5.

17) Ebend. § 10.

seinerseits die Beweismittel und Zeugen gleich mit zur Stelle bringen, oder die Lehtern vorher noch dem Richter zur Vorladung namhaft machen¹⁸⁾. — Bleibt der Beklagte im Termine aus, so wird in *contumaciam* verfahren¹⁹⁾. Gegen das *Contumacial*-Urteil findet die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht Statt, ausgenommen wenn Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle es dem Beklagten unmöglich gemacht, den Termin in Person oder durch einen Bevollmächtigten abzuwarten, und derselbe zugleich nachweist, daß es ihm ohne das geringste Verschulden von seiner Seite unmöglich gewesen sei, das eingetretene, unabwendbare Hinderniß vor dem Termine anzuzeigen²⁰⁾.

Erscheint aber der Beklagte, so wird, nach gepflogener Verhandlung der Sache, mit Aufnehmung des Beweises sogleich verfahren. Dabei wird nur auf solche Beweismittel Rücksicht genommen, welche schon vor dem Termine angezeigt oder in demselben zur Stelle gebracht worden sind²¹⁾. Auf Exceptionen wird bei dem Verfahren nur soweit Rücksicht genommen, als deren Instruction und Beweis ebenfalls sofort geschehen kann²²⁾. Editionsgesuche und Vergleichung der Handschriften findet nicht Statt, sondern der Producent muß entweder den Producten zur Diffession verstaten, oder

18) A. G. D. a. a. D. § 9.

19) Ebd. § 11.

20) Anh. zur A. G. D. § 214. — In einem Falle hatte der Beklagte seinen mündigen Sohn mit einer selbst geschriebenen und bescheinigten Anzeige, daß er krank geworden, zum Termine geschickt und um Prorogation gebeten. Diese wurde nicht bewilligt, auch wurde die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das ergangene *Contumacial*-Urteil versagt, weil der Beklagte eben so gut, wie er die Eingabe geschrieben, seinem Sohne auch Vollmacht und Information hätte geben können.

21) A. G. D. a. a. D. § 12.

22) Ebd. § 14.

sich des Beweises durch die nicht anerkannte Urkunde in diesem Prozesse begeben. Eben so werden keine, in dem Termine nicht zu bewirkenden, Nebenuntersuchungen wegen der, gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen vorgebrachten Einwendungen gestattet²³⁾.

Es ist die Frage vorgekommen: ob Litisdenunciationen in diesem Prozesse angenommen werden könnten. Die Litisdenunciation und Adcitation ist zwar an sich nicht ausgeschlossen durch die Form des summarischen Processes, wenn dieselben nur so angebracht werden, daß der Gang des Verfahrens dadurch nicht aufgehalten wird, oder wenn der Gegner die dadurch eintretende Verzögerung ausdrücklich bewilligt²⁴⁾; indeß kann bei der Possessorienklage nicht leicht der Fall eines Regresses vorkommen, weil sich dieselbe immer auf eine eigene unerlaubte Handlung des Beklagten gründet, so daß selbst der Auftrag eines Andern zu einer solchen Handlung kein Recht, folglich auch keinen Anspruch gegen den Auftraggeber begründet²⁵⁾, wenn der Auftragende den Beauftragten nicht etwa zu dem guten Glauben verleitet hat, daß derselbe zu der aufgetragenen Handlung berechtigt sei²⁶⁾.

Nach geschlossener Instruction werden, ohne Zulassung von Deductionen, die Acten sogleich zum Spruch vorgelegt²⁷⁾.

Gegen das Erkenntniß findet in Beziehung auf die Entscheidung in der Hauptsache weder die Appellation²⁸⁾, noch der Recurs²⁹⁾ Statt, wol aber ist nach Maßgabe der

23) U. G. D. a. a. D. § 13.

24) Rescr. vom 19. Sept. 1831. (Jahrb. Bd. XXXVIII. S. 98.)

25) U. L. R. I. 13. § 20. I. 6. § 51.

26) Ebend. I 6. § 52.

27) U. G. D. a. a. D. § 15.

28) Ebend. § 18.

29) Rescript vom 24. Juli 1818. (Jahrb. Bd. XII. S. 20.)

Summe das eine oder das andere Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Kostenpunkts zulässig³⁰⁾. Die Wichtigkeits-Beschwerde kann auch gegen Possessorien-Erkenntnisse angebracht werden³¹⁾, auch ist wegen unheilbarer Nullitäten die ordentliche Nullitätsklage statthaft. (Note 29.)

§ 30.

Actio in rem Publiciana und sonstige, auf Wiedererlangung des Besizes gerichtete Klagen.

Die Lehre vom Besize ist jetzt abgehandelt. Das Allg. Landrecht stellt aber mit den Vorschriften über das Recht des Besizes vom § 161 d. T. an noch Bestimmungen zusammen, welche die aus dem Rechte zum Besize hervorgehenden Verhältnisse betreffen, und welche zum größten Theile zur Lehre von der vindication gehören. Davon sollen diejenigen Bestimmungen, welche auf die Verfolgung der Gewahrsam oder des Besizes außer dem Falle einer unerlaubten Störung oder Entziehung Bezug haben, mit Wenigem erwähnt werden.

Nach Röm. Rechte kann der verlorne Besiz als solcher nicht verfolgt werden, wenn keine der vorhin gedachten Besizklagen begründet ist. Das Allgem. Landrecht scheint zwar nach den Worten noch außerdem eine Besizklage in gewissen Fällen zu gestatten, indeß zeigt sich bei näherer Betrachtung, daß das zugesicherte Klagerecht ebenfalls nicht bloß in dem Besize, sondern in dem Rechte auf den Gegenstand oder zu dem Gegenstande des Besizes gegründet ist. Der Umstand, daß die Bestimmungen darüber mit den Vorschriften über das Recht des Besizes zusammengestellt worden sind, hat veranlaßt,

30) Anh. zur A. G. D. § 215.

31) Verordnung vom 14. Decbr. 1833 § 4. (Ges.-Samml. von 1833. S. 302.) — Extract aus dem Protokolle der Staatsraths-Kommission vom 14. November 1833, und Rescript vom 8. Juni 1836. (Jahrb. Bd. XLVII. S. 542.)

diese Klagen für Besitzklagen zu halten. Dieß hat in der Darstellungsweise vieler juristischen Schriftsteller der damaligen Zeit seinen Grund. Denn man findet die mit dem Usucapions-Besitz verbundene dingliche Klage, die *Publiciana actio*, öfter als eine Folge des bloßen Besitzes aufgezählt. (Oben S. 56.) In Beziehung auf diese Klage kommt jedoch der Besitz nicht mehr als bloßer Besitz in Betracht, sondern er wird von den Römischen Juristen, wie von den meisten neuern Rechtsgelehrten, als putatives Eigenthum angesehen, daher auch die *publicianische Klage* der *Reivindicationsklage* sehr ähnlich ist. Sie unterscheidet sich von derselben darin:

- 1) daß der Kläger nur *bonae fidei possessio*, d. h. einen rechtlichen Erwerb des Besitzes zu erweisen braucht, während bei der *Reivindicatio* wirkliches Eigenthum bewiesen werden muß;
- 2) daß dabei *Collisions-Fälle* eintreten können, die bei der *Reivindicatio* nicht denkbar sind. Der Gegner kann nämlich
 - a) wirklicher Eigenthümer sein. In diesem Falle wird die Klage mit der *Exceptio dominii* abgewiesen. Oder er kann
 - b) ebenfalls ein *bonae fidei possessor* sein. Dann kommt es darauf an: ob sie Beide den nämlichen Auctor haben, oder ob jeder sein Recht von einem Andern herleitet. In dem erstern Falle hat Derjenige den Vorzug, dem zuerst tradirt worden ist; in dem zweiten Falle geht Der vor, dessen Auctor der Eigenthümer ist, und wenn keiner der verschiedenen Auctoren Eigenthum oder ein Veräußerungsrecht gehabt hat, so gilt die Regel: *melior causa est possidentis*. Endlich kann er
 - c) ein solcher sein, welcher ohne Titel in *possessione* ist. Hier gewinnt der Kläger unbedenklich.

Dieses Collisionis-Verhältniß drückt die Schule des gemeinen Rechts so aus, daß sie es schon in den Begriff der Actio Publiciana zu legen sucht, indem sie den Satz aufstellt:

Die Actio in rem Publiciana ist gegen den begründet, welcher mit schwächerem Rechte (infirmiore, detriori, debiliore jure) besitzt¹⁾.

In allen übrigen Stücken sind beide Klagen gleich.

Die Publicianische Klage ist also kein Mittel zum Schutz des Besitzes als Besitzes.

Diese Lehre vom jus potius²⁾ liegt dem Allg. Landrechte zum Grunde, indem es im § 161 d. L. bestimmt:

„Gegen den, welcher den Besitz einer Sache oder eines Rechts weder durch Gewalt, noch heimlich, mit

1) Dabelow z. B. sagt in seinem System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, § 1283. „Die Publicianische Klage ist eine dingliche Klage, die demjenigen, der eine Sache bona fide et justo titulo erworben hat, gegen Jeden zuständig ist, der die Sache infirmiori jure besitzt.“ — § 1287. „Die Publicianische Klage findet gegen jeden Besitzer der Sache Statt, vorausgesetzt nur, daß er die Sache mit schwächerem Rechte besitze. Sie kann mithin nicht gegen denjenigen angestellt werden, der mit gleichem Rechte besitzt.“ Dieß soll aus L. ult. in fin. und L. 9. § 4. D. de act. Publiciana hervorgehen. — Vergl. J. C. Wolff de actionis Publicianae indole et natura, in seinen Observat. jur. civ. Fasc. II. obs. 30. — J. H. Ober D. de Publiciana in rem actione s. rei vindicatione praetor. Argent. 1775. — Westphal über die Arten der Sachen 2c. §§ 983 und flg. — Höpfner Commentar 2c. § 345.

2) Einleit. § 95. „Wenn das Recht des Einen der Ausübung des Rechtes eines Andern entgegensteht, so muß das mindere Recht dem stärkern weichen.“ Im Entwurfe lautete der hierauf folgende § (Th. I. Einleit. § 103) also:
 „Welches Recht das stärkere (jus potius) sei, muß der Richter nach den Gesetzen bestimmen.“

Ist oder bloß bittweise überkommen hat, kann der vorige Besitzer auf Wiederherstellung des Besitzes nur in sofern klagen, als er ein besseres Recht zum Besitze nachzuweisen hat.“

Die Behauptung³⁾, daß durch diese Regel ein eigenthümliches allgemeines Possessorium eingeführt worden sei, ist grundlos. Der dafür angegebene Grund: daß jede Klage zur Wiedererlangung des Besitzes aus einem vorzüglicheren Rechte eine Possessorienklage sei, ein Grund, aus welchem sich auch beweisen läßt, daß das Possessorium ein Universal-Rechtsmittel für alle möglicher Weise vorkommenden Rechtsfälle ist, bedarf gar keiner Widerlegung. Es ist in jenem Satze Nichts weiter, als die Publicianische Klage anerkannt, die durch die folgenden Bestimmungen auf die verschiedenen Besitzer und die Arten des Besitzes angewendet wird.

I. Vom Inhaber heißt es in Beziehung auf einen Dritten:

§ 162. „Der bloße Inhaber kann die seiner Gewahrsam entkommene Sache nur von Demjenigen, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat, zurückfordern.“

§ 163. „Sein Recht aber ist schwächer, als das Recht eines Jeden, der eine Befugniß zum Besitze nachweisen kann.“

Was heißt das? Inhaber einer Sache ist:

- 1) entweder ein solcher, welcher im Namen eines Andern den Besitz ausübt, also ein Stellvertreter, z. B. Verwalter, Depositarius u. s. w. Wie kann dieser die Gewahrsam wiedererlangen, wenn sie ohne Fehler an einen Andern gekommen ist, ohne daß dieser ein Recht auf die Sache hat?

Dies läßt sich im Allgemeinen nicht beantworten,

3) Grävell, Note zu § 161.

sondern muß in jedem concreten Falle besonders beurtheilt werden. Gesezt, dem Depositar wäre das Depositum ohne seine Schuld, z. B. durch eine Naturbegebenheit, aus der Gewahrsam gekommen — denn wäre dieß durch seine Schuld geschehen, so hätte er noch ein anderes Interesse, aus welchem sich der Zusammenhang theoretisch erklären ließe — und ein Anderer fände die Sache. Hier wird er als Mandatar des Deponenten klagen⁴⁾, denn in dem Verwahrungsvertrage liegt gerade ein specieller Auftrag in Bezug auf diese Sache. Fragt man: welche Klage es denn sei, die er anstellt, so ist die Antwort: die vindicationssklage oder die Actio Publiciana, welche er will⁵⁾. Bei der letztern braucht er Nichts weiter, als eben nachzuweisen, daß der Deponent besitze. Damit ist

4) N. E. R. I. 14. § 124.

5) Daß die Redactoren sich die Sache wirklich so gedacht haben, ergeben die Materialien. Ein Moment erinnerte nämlich zu § 109 des gedruckten Entwurfs, der dem § 162 d. T. entspricht:

„Der Inhaber sollte das erweisliche Recht desjenigen haben, für den er die Sache in Gewahrsam hat, nach § 96 (d. i. der § 137 d. T.); mithin würde es auf das bessere Recht des dritten Besitzers ankommen.“

Gosler bemerkte dazu: „scheint richtig; vielleicht sollte dieser Paragraph der Verbindung wegen gleich nach § 106 (d. i. der § 161 d. T.) folgen.“ Suarez erklärte sich in der revisio monitorum damit einverstanden, indem er votirte:

„Ad. § 109 ist der Zusatz nöthig, daß der, welcher für einen Andern besitzt, die Gewahrsam a tertio mit eben dem Rechte zurückfordern könne, mit welchem der eigentliche Besitzer ad recuperandum possessionem zu klagen befugt sein wird.“

Zeitschrift a. a. D. S. 287 u. 288. Er hatte hiernach in der Umarbeitung diesen Satz vorgeschlagen:

„Hat er aber im Namen eines Andern besessen, so ist sein Recht zur Rückforderung der Gewahrsam von dem Rechte dessen, für welchen er besaß, abhängig.“

Bei der letzten Revision ist derselbe gestrichen, dagegen aber die Ordnung nach Gosler's Erinnerung angenommen. Zeitschrift a. a. D. S. 373 374.

diese Klage nach dem Allg. Landrecht begründet, weil jeder Besitzer für einen redlichen gilt und seinen Titel nicht zu ediren braucht. Soll noch weiter was geschehen, so muß erst der Verklagte Exceptionen vorbringen.

- 2) Oder ein solcher, welchem wegen einer fehlerhaften Besitzergreifung kein Besitz zugeschrieben wird, z. B. ein Dieb. Wie kann dieser die Gewahrsam wiedererlangen, wenn sie ohne unerlaubte Handlung an einen Andern kommt, z. B. gefunden wird. Nach den Worten des § 162 müßte ihm die Actio in rem gegen den Finder zugestanden werden. In der Lehre vom Finden, Th. I. Tit. 9, sagt jedoch das Allg. Landrecht das Gegentheil. Es heißt dort:

§ 59. „Der Finder muß auch dem vorigen bloßen Inhaber die Sache verabsolgen.“

§ 60. „Entstehen erhebliche Zweifel: ob der Verlierer ein **redlicher** Besitzer oder Inhaber der Sache gewesen sei, so muß diese bis zu näherer Ausmittelung in gerichtlicher Gewahrsam bleiben.“

Hier zeigt sich also deutlich, daß aus jener allgemeinen Regel kein allgemeines possessorisches Rechtsmittel hervorgeht; sondern jeder specielle Fall nach seiner Eigenthümlichkeit behandelt wird.

- 3) Oder ein solcher, welcher keinen Besitz hat, weil er keinen animus haben kann. Hier kommt es wieder auf die Beschaffenheit des speciellen Falles an. In der Regel wird er ein besonderes Recht haben, aus welchem er, oder vielmehr sein Repräsentant, die Sache wird verfolgen können. Darauf bezieht sich der § 163.

Hieraus ergibt sich:

- 1) daß es auf jeden speciellen Fall ankommt, um zu beurtheilen, ob ein solcher Inhaber eine Klage gegen den jetzigen Besitzer der Sache habe oder nicht;

- 2) daß das Verhältniß zwischen dem Inhaber und dem Besitzer, von welchem er die Sache in seine Gewahrsam erhalten hat, nach dem unter ihnen vorgekommenen Geschäft beurtheilt werden muß⁶⁾, daß also
- 3) kein possessorisches Rechtsmittel vorhanden ist.

II. Rückfichtlich des vollständigen Besitzers heißt es:

§ 175. „Der vollständige Besitzer ist nur dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig.“

§ 176. „Gegen jeden Andern hat er alle Rechte des Eigenthümers.“ (Tit. 15.)

§ 177. „Alles Vorstehende gilt nur auf den Fall, wenn der Besitz redlich ist.“

§ 178. „Der unredliche Besitzer muß immer dem redlichen weichen.“

Hierin findet sich die Actio in rem Publiciana für ihren eigentlichen Fall wieder; nur fehlt hier das gemeinrechtliche Erforderniß des rechtlichen Titels. Wer also wirklich besitzt, würde diese Klage gegen Jeden anstellen können; denn jeder Besitzer gilt in der Regel für einen redlichen. Allein eben darum gilt dieß von dem Beklagten auch, und daher stellt sich die Sache practisch ganz anders. Der Kläger wird also, um seine Klage zu begründen, behaupten müssen:

entweder, daß der Beklagte ohne Rechtsgrund besitze, (§ 162.)

oder, daß er den Besitz durch Gewalt, List oder Betrug (eines Andern als des Beklagten, denn sonst würde die Besitzklage begründet sein) verloren habe, (§ 184.)

oder, daß er sich im rechtmäßigen Besitze befunden und ihm die Sache ohne seinen Willen entkommen⁷⁾.

6) Allgem. Pandrecht Th. I. Tit. 7. § 164.

7) I. 15. § 34. Oben S. 98.

Wird in den beiden letztern Fällen der Titel des Beklagten angegeben, so stehen beide Theile einander als redliche Besitzer gegenüber. Diese der Publicianischen Klage eigenthümliche Collision kann unter folgenden verschiedenen Voraussetzungen vorkommen:

- 1) Beide haben Einen Auctor. Hier muß derjenige vorgehen, der zuerst den Besitz erlangt hatte, außer wenn er von dem ältern Titel des Andern bei der Besitzergreifung Kenntniß gehabt hat, d. h. *in mala fide* gewesen ist⁸⁾.
- 2) Beide haben verschiedene Auctoren, von welchen der Eine Eigenthümer gewesen oder vermöge der Eintragung ins Hypothekenbuch dafür gegolten hat. Dann geht dessen Successor vor⁹⁾. Der Fall aber, daß keiner der Auctoren Eigenthümer war, ist im Allgemeinen Landrecht durch keine specielle Bestimmung entschieden. Nach Gemeinem Rechte würde nach der Regel: *melior causa possidentis quam petentis*, der Kläger abgewiesen werden müssen. Nach dem Allgem. Landrecht jedoch wird zufolge des Grundsatzes, daß der redliche Besitzer gegen jeden Andern, als den Eigenthümer, die Rechte des Eigenthümers hat (§ 176), der ältere Titel den Vorzug geben, weil der ältere Besitzer diese Rechte schon hatte, als der Andere seinen Titel erwarb.

III. Hinsichtlich des unvollständigen Besitzers ist bestimmt:

§ 169. „Der unvollständige Besitzer ist, so lange sein Besitzrecht dauert, keinem Andern, selbst nicht dem vollständigen Besitzer oder dem Eigenthümer, zu weichen schuldig.“

§ 170. „In eben dem Maße ist er auch auf Wiederherstellung seines Besitzes gegen Jeden anzutragen berechtigt.“

8) N. E. R. I. 10. § 19. 23 u. 25.

9) Ebend. § 18 und 21.

§ 171. „Alles Vorstehende (§ 169 — 176) gilt nur auf den Fall, wenn der Besitz redlich ist.“

Hierin liegt zweierlei:

- 1) Dem unvollständigen redlichen Besitzer ist eine Exception gegen die Klage eines Jeden auf Herausgabe der Sache gegeben.

Was ist davon der Grund?

- a) Ist der Kläger derjenige selbst, von dem ihm der unvollständige Besitz eingeräumt worden ist, so ist es die *exceptio doli* und die Sache hat keine Schwierigkeit.
 - b) Ist er ein Dritter, so kommt es erst wieder auf die von ihm angestellte Klage an. Ob dem Beklagten dagegen eine Exception und welche zustehe, entscheidet sich nach den beiden Regeln: *nemo plus juris cedere potest quam ipse habet*¹⁰⁾, und: *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*¹¹⁾.
- 2) Ihm ist auch eine Klage auf Wiedererlangung seines Besitzes gegen Jeden, also eine *Actio in rem* gegeben. Dieß hat seinen Grund darin, daß das Recht eines jeden unvollständigen Besitzers, also namentlich des Nutznießers, Pächters, Miethers und Commodatars, wie des Pfandinhabers, ein dingliches ist. Darin stimmt das Allgem. Landrecht mit dem Röm. Rechte überein, indem das letztere die *Publicianische Klage utiliter* auch Denjenigen bewilligt, die ein dingliches Recht haben¹²⁾. Ist der Beklagte selbst ein dinglich Berechtigter, so entscheidet die Regel: *prior tempore potior jure*, die eigentlich selbst wieder nur eine bloße Anwendung der vorhin erwähnten Regel: *nemo plus juris etc.* ist.

10) § 171 und 173 h. t. — Einl. § 101.

11) § 172 h. t. Tit. 19. § 33.

12) L. 11. § 1. L. 12. § 2. 3. D. de Publ. in rem act.

