

II A II 12.

Der Besitz

nach dem Römischen Rechte.

Die und da mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher

von

Dr. von Zielonacki,

ordentlichen Professor des Römischen Rechts an der K. K. Universität
zu Innsbruck.



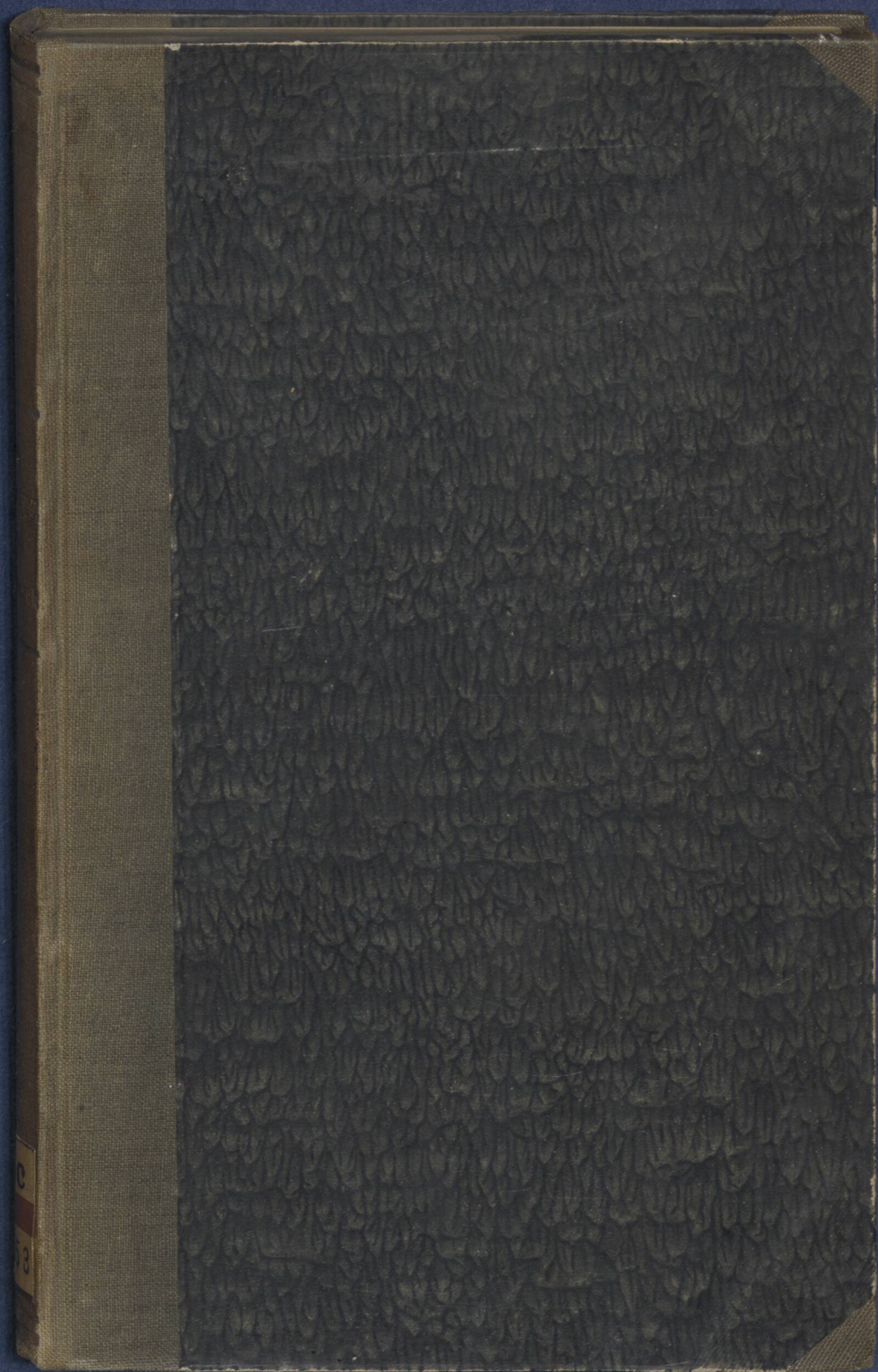
9.d. 341

Berlin,

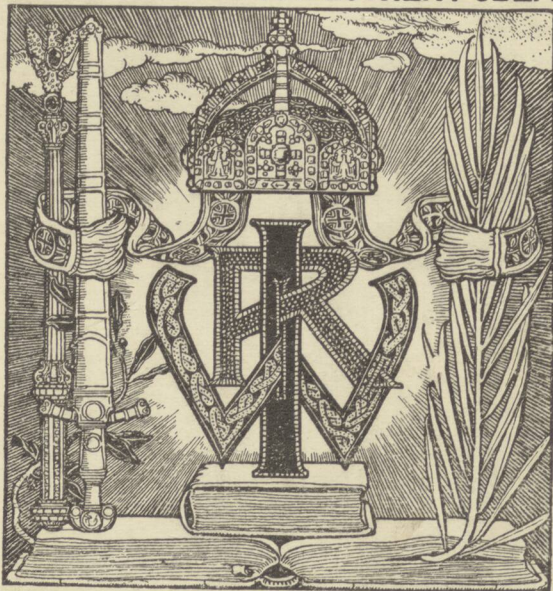
in Commission bei C. S. Mittler & Sohn.

1854.

a



KAISER-WILHELM-BIBLIOTHEK-POSEN



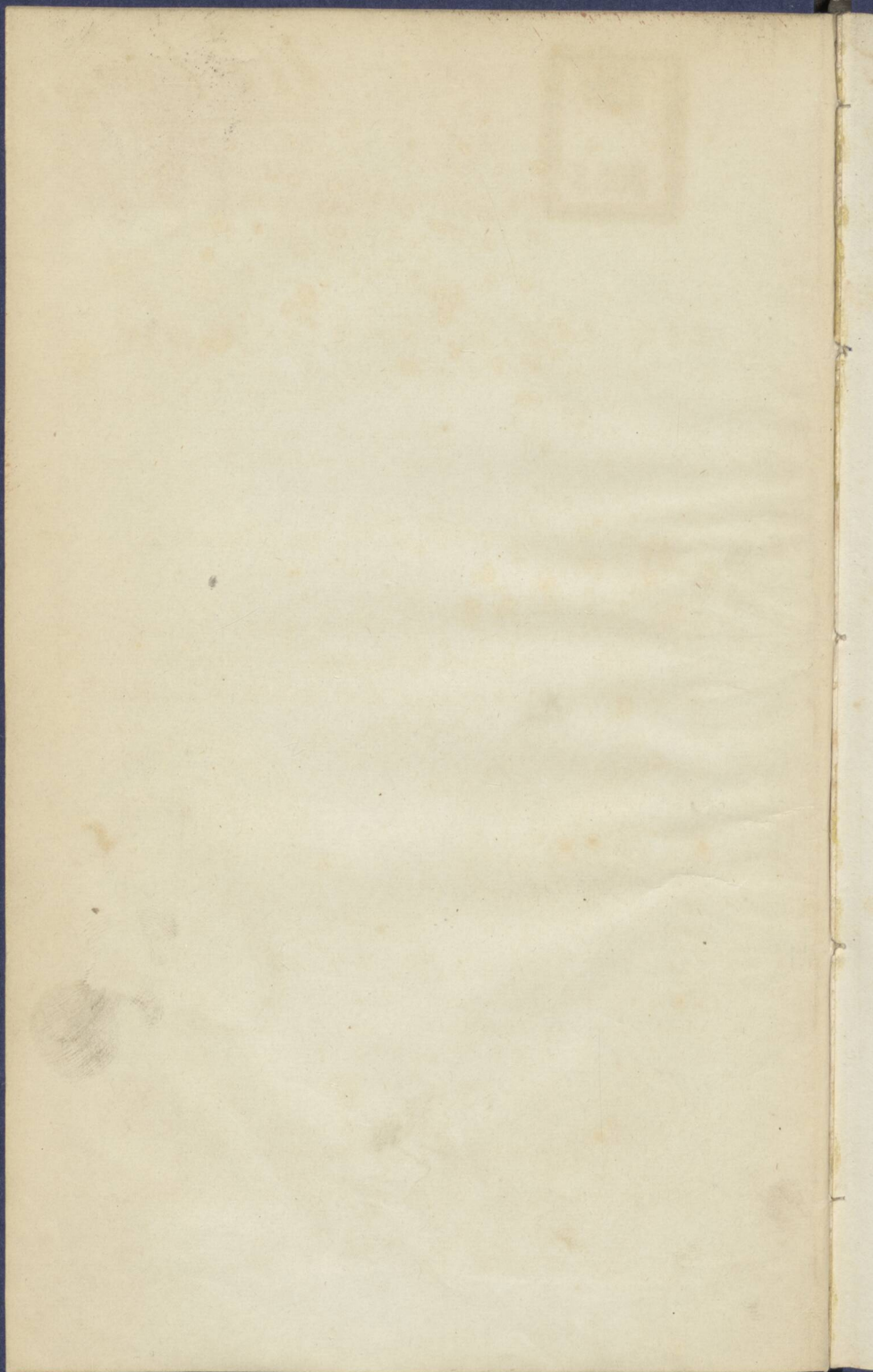
Geschenk des Kgl. Amtsgerichts
Lehe. 1898-1899.

E. D. d. j.

1898

Lc

2653



II A II 12.

Der Besitz

nach dem Römischen Rechte.

Sie und da mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher

von

Dr. von Zielonacki,

ordentlichen Professor des Römischen Rechts an der K. K. Universität
zu Innsbruck.



9d, 341

Berlin,

in Commission bei E. S. Mittler & Sohn.

1854.

a

W. 11

Der Brief

und dem Himmlichen Reich

Die uns zu der Heiligung der neuen Ordnung

Die uns zu der Heiligung der neuen Ordnung

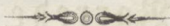


Posen, gedruckt bei W. Decker & Comp.

Vorrede.

Bruns sagt in seinem 1848 erschienenen werthvollen Werke über den Besitz pag. 462 Folgendes: „Das Resultat, welches aus der gesammten, bisher dargestellten historischen Entwicklung für Theorie und Praxis hervorgeht, kann in der That kaum anders, als trostlos bezeichnet werden. Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis bieten eine Zerfahrenheit und Zerrissenheit der Ansichten in den Grundprincipien, wie in den Consequenzen dar, daß man in der That rath- und hülflos vor der wirren Masse dasteht und sich zweifelnd fragt, ob denn wirklich diesem Chaos von Bestimmungen eine an sich vernünftige und erkennbare Idee zu Grunde liegt, oder ob nicht Alles rein nur ein Spiel des Zufalls und der Willkühr sei.“ Diese Worte muß jeder Sachkundige unterschreiben. Unter diesen Umständen bedarf wohl das Erscheinen meiner Schrift keiner Rechtfertigung, vorausgesetzt, daß es mir, wie ich hoffe, gelungen ist, manchen dunklen Punkt der Besitzlehre aufzuhellen und manche bekannte Ansicht genauer zu begründen, als es bis jetzt geschehen ist. — Wiewohl diese Schrift eigentlich nur das Römische Recht zum

Gegenstände hat, so habe ich doch hie und da, wo sich mir Vergleichungspunkte von selbst darboten, auch der neueren Gesetzgebungen Erwähnung gethan, wobei mich der Gedanke leitete, daß das Studium des Römischen Rechts zu einer philosophischen Anschauung der Begriffe führen soll, die einen sicheren Maßstab bei der Beurtheilung der neueren Gesetzbücher liefert.



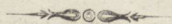
Inhaltsverzeichnis.

Stellung des Besizes im Rechtssysteme	Seite 1.
Begriff der Detention	4.
Ueber den Besitz im Allgemeinen	8.
Begriff des regulären (ursprünglichen) Sachbesizes	9.
Begriff des irregulären (abgeleiteten) Sachbesizes	13.
Fälle des irregulären Besizes	16.
Erklärung der Entstehung des irregulären Besizes	22.
Kritik der Ansicht der Juristen, welche die Existenz des irregulären Besizes überhaupt in Abrede stellen	26.
Ist der Besitz ein Recht oder ein Factum?	31.
Quellenaussagen über die Natur des Besizes	34.
Litterarische Notizen in Betreff der Frage, ob der Besitz ein Recht oder ein Factum ist.	36.
Welche Vortheile gewährt der reguläre Besitz?	40.
Welche Vortheile gewährt der irreguläre Besitz?	43.
Litteratur über den Grund des Interdictenschutzes	43.
Einteilung des Besizes:	
1) Possessio bonae und malae fidei	51.
2) Possessio justa et injusta	52.
3) Possessio vitiosa et non vitiosa	53.
4) Possessio ad interdicta et ad usucapionem	54.
5) Possessio civilis et naturalis	54.
Possessio plurium in solidum esse non potest	71.
Ueber die vacua possessio	77.
Nemo sibi causam possessionis mutare potest	79.
Ueber die Fähigkeit, zu besitzen	81.
Object des Besizes	82.
Erwerb des Besizes	83.
Erwerb des Besizes durch Pupillen	86.
Erwerb des Besizes durch infantes	87.
Erwerb des Besizes, wenn der Erwerbende die Sache bereits definirt	100.

Erwerb des Besizes an einzelnen Theilen	Seite 101.
Wird der Besitz einer Sache durch die Verbindung mit einer an- deren als deren Theil unterbrochen	103.
Erwerb des Besizes durch Stellvertreter	109.
Verlust des Besizes corpore	114.
Tritt der Besizesverlust ein, wenn der Besitzer das Grundstück aus Furcht vor Gefahr verläßt?	119.
Verlust des Besizes animo	122.
Erhaltung des Besizes durch Repräsentanten	126.
Ueber die Interdicte	131.
Interdictum uti possidetis, dessen Functionen	134.
Dessen Duplicität	139.
Dessen Bedingungen	141.
Dessen Zweck	143.
Dessen Einreden	146.
Interdictum utrubi	149.
Interdictum de vi	155.
Interdictum de clandestina possessione	166.
Interdictum de precario	170.
Besizesklagen	175.
Rechtsbesitz nach dem Römischen Rechte	178.
In welchem Umfange ist der Rechtsbesitz vom rechtsphilosophischen Gesichtspunkte aus zulässig	182.
Rechtsbesitz nach den neueren Gesetzbüchern	185.
Zusätze	189.

ERRATA.

Auf Seite 111 Zeile 24 lies statt wider Willen — wider Wissen.



Stellung des Besizes im Rechtssystem.

Nach Savigny gehört der Besitz ins Obligationenrecht. „Insofern der Besitz die Usucapion möglich macht, läßt sich, sagt Savigny, die Frage über dessen Classification gar nicht denken. Niemand fällt es ein zu fragen, zu welcher Art von Rechten die *justa causa* gehöre, ohne welche die Tradition kein Eigenthum übertragen kann. Demnach bleibt nur noch der Besitz, auf welchen die Interdicte sich gründen, als Gegenstand unserer Frage übrig.“ Die Interdicte sieht nun Savigny als Delictsklagen an und leitet daraus seine obige Classification des Besizes ab.

Richtig ist es, daß die Interdicte, wenn auch nicht gerade Delictsklagen, so doch persönliche Klagen sind, wie in dem Abschnitte: über die Interdicte, gezeigt werden wird, aber ich denke, daß die Classification eines Verhältnisses nicht mit Rücksicht auf die Wirkungen, die dasselbe erzeugt, sondern mit Rücksicht auf dessen Natur durchzuführen ist. *) Von diesem Gesichtspunkte aus kann der Besitz in die Obligationenlehre nicht gehören, da derselbe kein persönliches, sondern ein dingliches Verhältniß ist.

Auch der Einwand scheint mir unbegründet: bei der Classification des Besizes könne, wenn er auch außer den Interdicten

*) Sehr beherzigenswerth ist, was Kierulff Theorie pag. 344 in der Anmerk. sagt: „Wir behaupten, daß der Besitz — ein selbstständiger, juristisch bestimmbarer und bestimmter Begriff ist, und sind also weit entfernt, ihn darum für einen juristischen Begriff zu halten, — weil er eine Voraussetzung von mancherlei Rechtsbegriffen (z. B. der Usucapion) ausmacht. Vielmehr halten wir es für einen wesentlichen Fehler der neueren Untersuchungen in der Besizeslehre, daß die Entwicklung der Be-

die Usucapion erzeugt, nur auf die erstere Rücksicht genommen werden, da „Niemand einfallen kann zu fragen, zu welcher Art von Rechten die *justa causa* gehöre, ohne welche die Tradition kein Eigenthum übertragen kann.“ Denn der Besitz kann, wie es von selbst einleuchtet, mit der *justa causa* bei einer bestimmten Erwerbshandlung des Eigenthums auf eine Linie nicht gestellt werden. Da derselbe dem Eigenthum in der Usucapion einen Erwerbsact herbeischafft, so würde der Classification desselben mit Rücksicht auf die Usucapion kein so arger Mißgriff zu Grunde liegen, wie dies Savigny behauptet.

Puchta (Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz?) creirt für den Besitz einen ganz neuen Abschnitt, der allen übrigen Rechtssystemen unbekannt ist, indem er hinzusetzt, daß „die Stelle im Systeme, welche der Besitz einnimmt, nur deswegen nicht gefunden worden ist, weil die Classe von Rechten, zu welcher er gehört, selbst bisher nicht aufgestellt worden ist und das Besitzrecht mithin in den bisherigen Systemen keine Stelle hat.“ Diesen Abschnitt benennt er mit dem Namen: „der Rechte an der eigenen Person.“

Offenbar giebt es keine solche Rechte, indem ein Recht nur an einem Objecte erworben wird, die Person aber sich in keiner Beziehung aus einem Rechtssubjecte in ein Rechtsobject verwandeln kann. Die Puchtasche Ansicht enthält somit einen logischen Widerspruch. Es ist auffallend, daß außer Puchta noch ein anderer berühmter Romanist in den nämlichen argen Fehler verfallen ist, nämlich Vangerow, welcher ebenfalls die Möglichkeit eines Rechtserwerbs an der eigenen Person annimmt. Derselbe stellt bekanntlich sowohl in seinen Pandecten, als auch in seiner Abhandlung: über die *latini Juniani* die auffallende Behauptung auf, daß zwischen den Freien und Sklaven kein

griffe von *possessio* — allgemein mit Beziehung auf die wirklichen oder angeblichen Wirkungen des Besitzes unternommen und insbesondere auf den Begriff der sog. possessorischen Interdicte gegründet wird. — Die Begriffsentwicklung des Besitzes — muß durchaus in selbstständiger Weise, ganz unabhängig von dem practischen Interesse dieser Lehre gesehen.“

anderer Unterschied stattfindet, als dieser, daß die Freien sich selbst im Eigenthum haben, während die Sklaven einem Andern als Eigenthum angehören.

Geht man vom richtigen Gesichtspunkte aus, so ist die Stelle, welche dem Besitze im Rechtssysteme zukommt, leicht zu finden. Derselbe muß in das Sachenrecht gehören, da er ein Verhältniß der Person zur Sache ist, und sich von den übrigen dinglichen Verhältnissen nur darin unterscheidet, daß er factischer, sie aber rechtlicher Natur sind. Derselbe ist somit unmittelbar vor dem Eigenthum abzuhandeln, da er demselben in seinem normalen Zustande, d. h. in wiefern er regulär ist,^{*)} correspondirt, und der Umstand, daß er genetisch später als das Eigenthum entstanden ist,^{**)} in einem Rechtssysteme keine Berücksichtigung finden kann. Gegen unsere Auffassung spricht der Umstand nicht, daß es im Römischen Rechte neben dem Sachbesitze einen Rechtsbesitz giebt, indem der Rechtsbesitz in demselben eine Ausnahme von der Regel bildet, die überdies sich nur auf zwei Fälle beschränkt. Wäre das Verhältniß des Rechtsbesitzes zu dem Sachbesitze im Römischen Rechte das nämliche, wie in den neuern Gesetzbüchern, so würde freilich der Besitz dem Sachenrechte nur halb angehören.^{***)}

*) Unter einem regulären Besitze verstehe ich denjenigen, den man gewöhnlich einen ursprünglichen, originären nennt.

**) Dies werden wir weiter unten zu beweisen suchen.

***) Mit Rücksicht auf die neueren Gesetzbücher wäre es wohl am rathsamsten, die Besitzeslehre in einem eigenen, mit dem Titel: über die factischen Verhältnisse, benannten Abschnitte vorzutragen, der zwischen den allgemeinen Theil und das Sachenrecht eingeschoben werden könnte. Nur nach dem Entwurfe des Civilgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen wäre die genannte Stellung keine passende, indem derselbe bei der Besitzeslehre der Savigny'schen Theorie huldigt, den Rechtsbesitz als eine anomale Ausnahme von der Regel betrachtet, ja sogar ihn auf einen einzigen Fall, nämlich auf die Servituten, einschränkt. Nach diesem Entwurfe gehört der Besitz ebenso wie nach dem Römischen Rechte dem Sachenrechte an.

Anderer Meinung ist Bruns, auf pag. 486 bemerkt er Folgendes: „Die Frage nach der Stellung des Besitzes beantworte sich von selbst.

Die Römischen Quellen handeln über die Besitzeslehre an verschiedenen Stellen. In den Institutionen steht dieselbe mitten unter den possessorischen Interdicten, in den Pandecten bildet sie einen Uebergang von den natürlichen Erwerbsarten zu der Usucapion. Diese Stellung ist vom practischen Gesichtspunkte aus ganz in der Ordnung, indem die Usucapion auf dem Besitze basiert ist. Im Codex findet sie sich zwischen der Usucapion und der *longi temporis praescriptio*. Die Basiliken halten sich im Ganzen an die Ordnung der Pandecten. Paulus trägt den Besitz zusammen mit der Usucapion in einem Buche vor. Ulpian scheint ihn bei den Interdicten dargestellt zu haben. Ueber die Edictsordnung wissen wir in Hinsicht auf die Besitzeslehre nichts Bestimmtes, ja wir wissen auch dies nicht, ob das Edict derselben überhaupt Erwähnung gethan hat.

Begriff der Detention.

Jede factische Herrschaft der Person über die Sache, sofern sie als ein Verhältniß gedacht wird, also sofern der Detentor einen bestimmten, entsprechenden Willen hiebei hat,*) heißt Detention, *possessio naturalis*, *possessio corporalis*.

Da wo im Systeme der Begriff des subjectiven Rechts im Allgemeinen bestimmt wird, muß auch der ihm correspondirende Begriff des Besitzes im Allgemeinen bestimmt werden. Im Einzelnen ist dann jedesmal bei dem einzelnen Rechte das ihm entsprechende Besitzverhältniß anzuführen, also beim Eigenthum der Sachenbesitz, bei den Servituten der Servitutenbesitz u. s. f.“ — Es ist wohl richtig, daß der Besitz als ein factisches Verhältniß dem jedesmal entsprechenden Rechtsverhältnisse correspondirt, und so als neben ihm herlaufend erscheint; aber andererseits ist nicht in Abrede zu stellen, daß derselbe ein selbstständiges Ganze für sich bildet, und ist dies der Fall, so muß er auch im Rechtssysteme eine selbstständige Stellung einnehmen.

*) Die herrschende Theorie, gegen die Bruns mit Recht aufgetreten ist (pag. 466), geht davon aus, daß die Detention auch in dem Falle entstehen kann, wenn der Detentor sich ganz willenlos verhält. Offenbar liegt aber in dieser Behauptung ein logischer Widerspruch, denn die Möglichkeit, über eine bestimmte Sache mit Ausschließung Anderer beliebig zu verfügen, ist an sich ein äußeres Factum, zu einem Verhältnisse der Person zur Sache wird dieselbe nur dann, wenn die Person

Die Detention ist von einem doppelten Gesichtspunkte aus in Betracht zu ziehen, nämlich:

- 1) als ein selbstständiges Verhältniß und
- 2) als ein Moment des Besitzes, also als ein dem Besitze dienstbares und in Beziehung auf ihn untergeordnetes Verhältniß.

Ad 1. Ein selbstständiges Verhältniß ist die Detention dann, wenn der Detentor über eine bestimmte Sache in seinem Namen verfügt und sich dessen psychisch bewußt ist, sein Wille aber juristisch nicht anerkannt wird, sei es darum, weil er noch

sich dabei wissend und wollend verhält. — Das Preussische Landrecht entstand ganz unter dem Einflusse dieser falschen Doctrin. Im §. 1. 7. wird Derjenige Inhaber genannt, „der das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen.“ Im §. 2. heißt es: „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.“ Aus dem §. 2. geht nun klar hervor, daß in dem §. 1. nicht vom corpus, als einem Bestandtheile des Besitzes neben dem animus, sondern von der Detention die Rede ist, die ein selbstständiges Verhältniß für sich bildet. Freilich ist es noch fraglich, ob die Redactoren des Preussischen Landrechts es sich klar gemacht haben, daß zwei Arten der Detention unterschieden werden müssen. Das nämliche gilt von dem Oesterreichischen Gesetzbuche, welches sich sonst durch Klarheit der Begriffe auszeichnet. Der §. 309. lautet nämlich: „Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, ist ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.“ Das Gesagte findet auch Anwendung auf das Badische Gesetzbuch, welches im Art. 513. sich so ausdrückt: „Die Art des Habens besteht theils in der bloßen Möglichkeit, die dahin zielenden Verfügungen über die Sache, oder ihren Genuß und Gebrauch wirksam zu treffen, und ist alsdann bloße Innehabung, theils zugleich in dem Vorsatze, diese Verfügungen in eigenem Namen, oder nach eigener Willkür zu machen, der alsdann den Besitz ausmacht u. s. w.“ — Den genannten drei Gesetzbüchern ist aber noch ein Vorwurf zu machen, nämlich dieser, daß sie unnöthigerweise der Detention, die ein selbstständiges Verhältniß für sich ist, Erwähnung thun. Diese Art der Detention interessirt nur den Theoretiker, der Gesetzgeber hat sie ganz außer Acht zu lassen, da sie, wie im Texte hervorgehoben werden wird, ein außerhalb der Rechtssphäre liegendes Verhältniß ist.

nicht das dazu erforderliche Alter erreicht hat, sei es darum, weil er geisteschwach oder sonst aus irgend einem Grunde juristisch willensunfähig ist, sei es endlich darum, weil die von ihm besessene Sache dem Verkehr entzogen ist. Nur in einem einzigen speciellen Falle entsteht die Detention ungeachtet der Detentor juristisch willensfähig ist und die Sache sich in commercio befindet, ungeachtet also alle zur Entstehung des Besitzes erforderlichen Requisite vorhanden sind. Dieser Fall tritt ein, wenn Jemand ein von einem Anderen besessenes Grundstück auf eine geheime Weise occupirt. Da die Detention, so lange sie ein selbstständiges Verhältniß für sich bleibt, in der Regel nur mit Rücksicht auf juristisch willensunfähige Personen entsteht, so folgt, daß sie in der Regel kein juridischer Begriff ist, und dies ist auch der Grund, daß dieselbe auch an den dem Verkehr entzogenen Sachen möglich ist, indem die letzteren Sachen aus juristischen Gründen dem Verkehr entzogen wurden, die genannten Gründe aber selbstverständenermaßen nur innerhalb der Rechtssphäre wirksam sein können. Noch ist die Frage zu erörtern, ob zur Erhaltung der Detention eine ununterbrochen fortdauernde Einwirkung auf die Sache erforderlich ist, oder ob vielmehr dieselbe erhalten wird, wenn nur die Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken vorhanden ist. Die Fortdauer des Besitzes unter den gegebenen Umständen hat ihren guten Grund, indem der Besitz ein durch den Willen einer juristisch willensfähigen Person fixirtes Verhältniß ist, und somit die Zeitmomente, in denen der Besitzer auf die Sache von der physischen Seite aus (corpore) unmittelbar nicht einwirkt, durch die Stetigkeit des Willens aufgewogen werden.*) — Für die Annahme der Fortdauer der Detention gäbe es im gegebenen Falle keinen Anhaltspunkt, indem dieselbe zwar aus dem Willen der Person hervorgeht, dieser Wille aber nur psychisch existirt, juristisch aber nicht anerkannt wird, und somit keine juristischen Wirkungen

*) In diesem Sinne läßt sich auch sagen: Solo animo retinetur possessio. Dieser Ausdrucksweise bedienen sich auch einige Fragmente, wie wir dies weiter unten sehen werden.

erzeugen kann. Daß aber die Fortdauer des Besizes auf einer juristischen Combination beruhet,^{*)} läßt sich nicht in Abrede stellen. Hiermit gelangen wir zu dem Resultate, daß die Detention ein momentanes, allen besonderen Zufällen preisgegebenes Verhältniß ist. Worin unterscheidet sich nun diese Art der Detention von dem Besitze? Dem corpus nach nicht, auch nicht der Willensrichtung nach, also nur darin, daß sie mit einziger Ausnahme des in Betreff der Grundstücke gedachten Falles ein nicht juridischer Begriff ist, während der Besitz, wenn auch kein rechtliches, so doch jedenfalls ein der Rechtssphäre angehörendes Verhältniß ist.

Ad 2. Die Detention kann mit dem Besitze als dessen Moment, also als ein demselben untergeordnetes und demselben dienstbares Verhältniß auf doppelte Art verbunden sein. Es kann nämlich sowohl der Besitzer selbst die Sache detiniren, als auch ein Dritter. Da im ersteren Falle der Detentor gleichzeitig Besitzer ist, so folgt, daß nur diejenigen auf diese Art detiniren können, denen die Erwerbsfähigkeit des Besizes zukommt.

Anders verhält sich die Sache mit der Detention, insofern sie auf die zweite Art mit dem Besitze verbunden wird. Detiniren kann jeder juridisch Willensfähige, gleichviel, ob ihm

^{*)} Kierulff (pag. 343 in der Anmerk.) tabelt mit Recht die Auffassung der Fortdauer des Besizes als einer Fiction mit dem Bemerkten: „So wird diese natürliche, höchst einfache Lehre des Besizes zu einem Produkt willkürlicher Gesetzgebung gestempelt, obwohl gerade sie in allen ihren Einzelheiten nur das Resultat einer gefunden, theoretischen Anschauung und einer einfachen Interpretation aus der Natur der Sache ist.“ — Kierulff erklärt die Fortdauer des Besizes daraus, daß der Besitz, wenn auch ein factisches, so doch ein erworbenes Herrschaftsverhältniß der Person zu der Sache ist (pag. 341 u. 342). Allein man kann immer noch fragen, auf welchem Principe beruht die Anerkennung des Besizes als eines erworbenen Verhältnisses? Und thut man dies, so stellt es sich heraus, daß es nicht der Rechtstitel ist, da von demselben bei dem Besitze, als einem factischen Verhältnisse überhaupt nicht die Rede sein kann, sondern lediglich der subjective Wille des Besitzers, dem der Character der Stetigkeit und Continuirlichkeit zukommt, und der daher, um in seiner Existenz anerkannt zu werden, sich nicht ununterbrochen thatsächlich zu äußern braucht.

außerdem die Fähigkeit zu besitzen zukommt oder nicht, also der Sklave so gut, wie der Freie. Auf die Rechtsfähigkeit des Detentors kann es in diesem Falle darum nicht ankommen, weil derselbe die Sache nicht für sich, sondern für den Besitzer destinirt, der seinerseits freilich die erforderliche Rechtsfähigkeit haben muß.

Es erhellt von selbst, daß die Detention als ein Bestandtheil des Besitzes den nämlichen Beschränkungen in Betreff des Objects wie der Besitz unterworfen sein muß, oder mit andern Worten, daß sie nur an *res in commercio* möglich ist. Andererseits findet auf dieselbe der Satz Anwendung, daß zur Fortdauer die bloße Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache genügt.

Ueber den Besitz im Allgemeinen.

Im Römischen Rechte giebt es drei Besitzesarten,^{*)} welche unter einen allgemeinen Gattungsbegriff nicht gebracht werden können,^{**)} nämlich:

- 1) der reguläre Sachbesitz,
- 2) der irreguläre Sachbesitz (abgeleitete Besitz) und
- 3) der Rechtsbesitz (von diesem wird erst am Schlusse der Schrift die Rede sein).

*) Die L. 3 §. 21. de poss., welche eben so viele Besitzesarten annimmt, als es verschiedene Erwerbsarten des Besitzes giebt, geht von einem ganz falschen Gesichtspunkte aus. Ebenso die L. 3 §. 22. eod., welche letztere auf das beim Besitze gerade unwesentlichste Moment Nachdruck legt, nämlich auf die *fidēs*, und danach zwei Besitzesarten unterscheidet. Ueberhaupt stellt es sich bei der Besitzeslehre wohl am klarsten heraus, daß die geistige Anlage der Römischen Juristen auf das rein Practische gerichtet war. Die Quellen enthalten nämlich sehr Vieles über den Erwerb und Verlust des Besitzes, aber nur Weniges über dessen Begriff, und auch das Wenige, was sich darüber in ihnen findet, hat keinen großen Werth.

**) Hierin unterscheiden sich die neuern Gesetzbücher von dem Römischen Rechte, mit einziger Ausnahme des Hessischen Entwurfs zu dem Civilgesetzbuche. Diese gehen nämlich von einem allgemeinem Gattungsbegriffe des Besitzes aus; der Rechtsbesitz ist ihnen somit eine zweite species neben dem Sachbesitze. Das Oesterreichische, Französische und

Begriff des regulären Sachbesizes.

Der reguläre, originaire Sachbesitz ist zu definiren als ein Zustand der vollen factischen Herrschaft der Person über die Sache, sofern dieselbe mit dem entsprechenden Willen verbunden

Badische Gesetzbuch führen diesen Gesichtspunkt ganz consequent durch, indem sie keine dritte Besitzesart annehmen, und die Fälle, in denen nach dem Römischen Rechte ein irregulärer (abgeleiteter) Besitz stattfindet, zu dem Rechtsbesitze zählen. Consequent nenne ich diese Behandlungsweise darum, weil die Auffassung des Besitzes als einer factischen Ausübung des Rechts in der That zu einer zweigleibigen Eintheilung desselben führt, indem die Rechte, welche der Besitzer ausübt, mit Rücksicht auf den Besitz nur in zwei Klassen eingetheilt werden können, nämlich in solche, die sich in einer Sache verkörpern, und in solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Im ersteren Falle muß ein Sachbesitz angenommen werden, den man auch Eigenthumsbesitz benennen könnte, da das Eigenthum und nur das Eigenthum sich in der Sache verkörpert, im letzteren Falle aber ein Rechtsbesitz. — Das Preussische Landrecht giebt einer ganz falschen Auffassung Raum; dasselbe schreckt vor der Consequenz, die aus der Aufstellung eines allgemeinen Gattungsbegriffes des Besitzes sich ergibt, zurück, indem es neben dem eigentlichen Sachbesitze, den es als einen vollständigen benennt, und neben dem Rechtsbesitze noch einen unvollständigen Sachbesitz unterscheidet, welcher letztere zu dem Rechtsbesitze hätte gerechnet werden sollen. Der Einwand des Monitums: „der unvollständige Besitzer sei eigentlich ein Besitzer des Rechts, aus dem er die Sache für sich betinire, in Betreff der Sache selbst sei er ebenso nur Inhaber, wie der reine Stellvertreter“ ist also ganz richtig. — Suarez hat es auch vollkommen anerkannt, indem er im §. 9. die Bemerkung einschaltet, daß „der unvollständige Besitzer der Sache der vollständige Besitzer des Rechts, dessen er sich darüber anmaßt,“ sei. Freilich hätte Suarez bei dieser Bemerkung nicht stehen bleiben sollen, er hätte vielmehr den unvollständigen Besitz ganz streichen müssen. In historischer Beziehung ist noch zu bemerken, daß die Redactoren des Preussischen Landrechts sich irrthümlicher Weise unter dem vollständigen Besitz die Römische *possessio civilis* und unter dem unvollständigen die Römische *possessio naturalis* gedacht haben. — Noch ist einem Einwande zu begegnen, der möglicherweise gemacht werden könnte, nämlich dem Einwande, daß das Preussische Landrecht für beide Arten des Besitzes, nämlich für den Sach- und Rechtsbesitz eine getrennte Definition aufstelle und daß es somit willkürlich sei, einen Gesamtbegriff des Besitzes mit Rücksicht auf dasselbe anzunehmen. Dieser Einwand

ist, also da nur der Eigenthumswille der vollen Herrschaft über die Sache entsprechend ist, sofern die Person die bestimmte Absicht hat, die Sache im Eigenthum zu haben.^{*)} Man kann

wäre unbegründet, indem daraus, daß das Preussische Landrecht den Rechtsbesitz bei allen vermögensrechtlichen Verhältnissen annimmt, die Schlußfolgerung mit Recht gemacht werden kann, daß dasselbe den Standpunkt des Römischen Rechts verlassen hat und daß es den Rechtsbesitz als eine anomale Ausnahme von der Regel nicht mehr ansieht, denselben vielmehr dem Sachbesitz als ebenbürtig an die Seite stellt. Der Umstand also, daß das Landrecht eine allgemeine, sowohl den Sach- als auch den Rechtsbesitz umfassende Definition nicht aufstellt, ist daraus zu erklären, daß die Redactoren desselben sich die Fähigkeit dazu nicht zugetraut haben. In der That sind mißlungene Versuche einer allgemeinen Definition gemacht gemacht worden. Suarez hat sich erst dann zu einer getrennten Definition entschlossen, nachdem er die Ueberzeugung gewonnen, daß eine Gesamtdefinition mißlingen würde.

*) Das Oesterreichische Gesetzbuch spricht es klar und entschieden aus, daß der Wille des Besitzers sich als ein *animus domini* manifestiren muß. Der §. 309. lautet: „Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.“ — Das Preussische Landrecht sieht den *animus domini*, wie soeben bemerkt wurde, lediglich als ein Merkmal des vollständigen Besitzes an. Das Französische Gesetz drückt sich darüber im Art. 2228. nicht präcise aus. Es heißt in ihm: „La possession est la détention — d'une chose — que nous tenons — par nous mêmes, ou par un autre qui la tient — en notre nom.“ Die Französische Jurisprudenz nimmt aber von jeher den *animus domini* als ein Requisit des Besitzes. Dies ist auch ganz im Geiste des Französischen Gesetzes, indem dasselbe im Art. 2230. u. 2336. dem *possédé pour autrui* das *possédé à titre de propriétaire* entgegensetzt, und indem dasselbe den Besitz im Titel von der Verjährung abhandelt. Ueberdies faßt auch Pothier, welcher der Verfasser der Definition des Besitzes ist, den Sachbesitz als einen Eigenthumsbesitz auf. Cf. Brun's pag. 445. — Das Badische Landrecht spricht sich über den Willen des Besitzers ebenfalls sehr unbestimmt aus. Darüber handelt der Art. 543.: „Die Art des Habens besteht theils — in der Möglichkeit, die dahin zielenden Verfügungen über die Sache oder ihren Genuß und Gebrauch wirksam zu treffen — theils in dem Vorsatz, diese Verfügungen in eigenem Namen und nach eigener Willkür zu machen u. s. w.“ Aber nicht allein unbestimmt ist diese Definition, sondern geradezu unpassend, indem ihrem Wortlaute nach der Besitz auch dem Pächter und Nutznießer zustehen

ihn übrigens auch definiren als factische Ausübung des Eigenthums*) da er sich von dem Eigenthum nur von dem rechtlichen

müßte, was doch nicht im Sinne des Babilischen Landrechts ist. — Das Bairische Gesetzbuch vom Jahre 1756 definirt den Besitz als: „jenen Zustand, da man eine Sache mit der Absicht, solche für sich zu haben (animo sibi habendi) in seiner Gewalt oder Gewahrsam hat.“ Offenbar hat genanntes Gesetz den *animus domini* im Sinne.

*) Bruns (pag. 474) protestirt gegen die Auffassung des Sachbesitzes als einer factischen Ausübung des Eigenthums. „Wenn das Eigenthum, meint er, das Recht oder die rechtliche Möglichkeit ist, ausschließlich auf eine Sache nach Willkür einzuwirken, wie kann dann die bloße factische Möglichkeit dieser Einwirkung, die ja den Begriff des Besitzes bildet, die Ausübung des Rechtes sein! — Nur so viel kann man sagen, daß der Besitz eine Ausübung des Eigenthums neben anderen ist, nämlich insofern das Ergreifen und Festhalten der Möglichkeit der ausschließlichen Einwirkung auf die Sache immer selbst schon eine Art Einwirkung auf dieselbe ist. Indessen kann diese an sich unbedeutende Beziehung natürlich nicht die Haupttrücksicht bei der Characterisirung des Verhältnisses bilden. Diese kann vielmehr lediglich darin gesucht werden, daß das Eigenthum das Recht, die rechtliche Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache ist, der Besitz dagegen die factische Möglichkeit; das Eigenthum ist die rechtliche Herrschaft der Person über die Sache, der Besitz die factische Herrschaft.“ — Die erstere Bemerkung Bruns' ist richtig, sie trifft aber unsere Behauptung nicht, indem wir den Besitz nicht für eine rechtliche, sondern lediglich für eine factische Ausübung des Eigenthums halten. Nicht so einverstanden kann man sein mit Bruns' Bemerkung, daß der Besitz eine Ausübung des Eigenthums neben anderen ist, indem er offenbar dabei den Fall vor Augen hat, daß Jemand eine im fremden Eigenthum oder Besitze befindliche Sache zerstört. Es ist nämlich hierbei ein doppelter Fall möglich: entweder hat der Zerstörer den *animus domini* oder nicht. Im ersteren Falle übt er das Eigenthum aus, aber als Besitzer; im zweiten Falle übt er das Eigenthum gar nicht aus, da er den *animus domini* nicht hat, welcher doch ein nothwendiges Requisit für die Annahme der Ausübung des Eigenthums ist. Auch die Bemerkung scheint mir nicht ganz treffend, daß die Haupttrücksicht bei der Characteristik des Besitzes nicht darin bestehe, daß der Besitzer das Eigenthum factisch ausübt, sondern darin, daß er ein factischer Beherrscher der Sache sei, indem der erstere Satz sich von selbst aus dem letzteren ableitet. Mit vollem Rechte läßt sich so argumentiren: ist der Besitz eine factische Herrschaft im Gegensatz von dem Eigenthum, welches als eine rechtliche Herrschaft aufgefaßt werden muß, so kann derselbe als eine

Standpunkte aus unterscheidet, indem der Besitzer thatsächlich gerade das thut, was der Eigenthümer zu thun berechtigt ist. *)

Das Verhältniß des Besitzes zum Eigenthum ist scheinbar das nämliche, wie das der Detention zum Besitze, in der That aber ein anderes. Die Detention ist ein nothwendiger Bestandtheil des Besitzes; als solcher kann sie aus demselben nicht ausgeschieden werden. Dem widerspricht keinesweges der Umstand, daß Fälle möglich sind, wo Jemand Anderer als der Besitzer detinirt, indem ja alsdann die Detention im Namen des Besitzers ausgeübt wird, also als ein ihm integrierend angehörendes Verhältniß. Die Quellen drücken sich darüber mit einer großen Präcision aus, da sie von einem solchen Detentor sagen: *ministerio alium possessorem facit, alienae posses-*

factische Ausübung des Eigenthums definirt werden. — Ganz consequenterweise tadelt auch Bruns (pag. 475) die Auffassung des Rechtsbesitzes als einer Rechtsausübung, aber ebenso ohne Recht. „Nur zum Erwerbe des Besitzes, sagt er, verlangen die positiven Gesetze die Ausübung; ist der Besitz einmal erworben, so dauert er so lange fort, als der Wille und die factische Möglichkeit, die Ausübung stets nach Belieben zu wiederholen, fort dauert.“ Diese Bemerkung ist aber nicht am Orte, indem ja Niemand hiebei an eine ununterbrochene Ausübung des Rechts denkt. Es ist richtig, daß die Gesetze nicht sagen: *usus juris est pro possessione*, sondern nur *usus est pro traditione possessionis*. Aber dies kommt daher, weil die Quellen da, wo sie den Rechtsbesitz characterisiren, dessen Erwerb im Auge haben und dieser, er mag eine *superficies* oder eine *servitus* zum Inhalte haben, die Tradition voraussetzt. In dem Abschnitte: über den Rechtsbesitz, wird die Bruns'sche Ansicht noch einmal kritisch geprüft werden.

*) Ob die Römischen Juristen sich den Sachbesitz als eine factische Ausübung des Eigenthums wirklich gedacht haben, ist eine andere Frage. Andeutungen finden wir hierüber in den Quellen nicht, so daß schon dieser Umstand zu der Annahme führt, dieselben hätten es sich nicht klar gemacht, daß der Sachbesitz als eine factische Ausübung des Eigenthums aufgefaßt werden kann; noch mehr aber berechtigt uns zu dieser Annahme der Umstand, daß der Rechtsbesitz im Römischen Rechte eine höchst precäre Stellung hat, indem die Auffassung des Sachbesitzes, als einer factischen Ausübung des Eigenthums, von selbst zur Anerkennung des Rechtsbesitzes, als einer zweiten, dem Sachbesitze ebenbürtigen *species* führt.

sioni praestat ministerium. (L. 18. de poss.), operam suam possessori accommodat. (L. 1. §. 20. eod.) Ganz anderer Art ist das Verhältniß des Besitzes zum Eigenthum. Derselbe bildet keinen Bestandtheil, kein Moment des Eigenthums. Ist er auch mit demselben verbunden, so läuft er dennoch neben demselben als besonderes Verhältniß her, wie dies sich zur Genüge daraus ergibt, daß die rei vindicatio den Interdicten und die Interdicte der rei vindicatio nicht präjudiciren, so daß der Kläger, nachdem er im Eigenthumsprozeß unterlegen ist, im Interdictenprozeß und umgekehrt mit Erfolg klagen kann. Einen weiteren Beweis hierfür liefert der Umstand, daß der Besitz genetisch später entstanden ist, als das Eigenthum, wie dies weiter unten gezeigt werden wird.

Noch irrthümlicher wäre es, den Besitz unter die Eigenthumsbefugnisse zu rechnen, wenngleich anerkannt werden muß, daß der Eigenthümer so lange als Besitzer gilt, bis Jemand Anderer den Beweis zu führen im Stande ist, daß er den Besitz erworben hat, oder bis es sich aus den Umständen herausgestellt, daß der Eigenthümer keinen animus dominii, oder zwar den animus dominii, aber keine factische Möglichkeit über die Sache zu verfügen hat. Die genannte Annahme gründet sich nämlich nur darauf, daß de facto nur einer der drei Fälle möglich ist: entweder besitzt der Eigenthümer, oder ein Dritter oder überhaupt Niemand.

Der irreguläre Sachbesitz.^{*)}

Der irreguläre Sachbesitz ist anomaler Natur. Das Anomale desselben äußert sich in doppelter Weise, nämlich sowohl

^{*)} Savigny nennt den regulären Besitz einen ursprünglichen und den irregulären einen abgeleiteten. Diese Benennungen sind aus einer ganz richtigen Anschauungsweise hervorgegangen, wie sich dies aus dem im Texte unten Gesagten ergeben wird. Ich habe aber darum die in der Ueberschrift gebrauchten Benennungen gewählt, weil es mir vorzüglich auf die Hervorhebung des Umstandes ankam, welche von den beiden Besitzesarten anomaler Natur ist. Der Savignyschen Benennung tritt übrigens dies Bedenken entgegen, daß der Name: abgeleiteter Besitz,

darin, daß der Besitzer den *animus dominii* nicht hat, als auch darin, daß der Detentor ihn hat, und somit mit allen den Eigenschaften versehen ist, welche zum Besitze nöthig sind, da er auch als factischer Beherrscher der Sache gelten könnte, indem die Annahme, er besitze dieselbe durch einen Stellvertreter, bei ihm ebenso statthaft wäre, wie bei dem Vermiether, Verpächter, dem Deponenten u. s. w. So findet also bei dem irregulären Besitze ein Umtausch der Rollen, der Functionen statt; der Detentor gilt hier als Besitzer und der Besitzer als Detentor. Da der irreguläre Besitzer nicht das *jus*, nicht das Recht, sondern das *corpus*, die Sache besitzt, so leuchtet ein, daß sein Besitz in der Ausübung des bestimmten, erworbenen Rechts nicht bestehen kann, wie dies bei dem Rechtsbesitze der Fall ist. Sein Besitz läuft in der That neben dem erworbenen Rechte als eine bewilligte Zugabe, als ein accessorisches Verhältniß her.

Wie ist nun der irreguläre Besitz an das bestimmte Recht accessorisch geknüpft worden? — Die Doctrin der Römischen Juristen schweigt hierüber gänzlich, soweit uns dieselbe überliefert wurde. — Nach Savigny trägt der Eigenthümer selbst den Besitz auf den Erwerber des entsprechenden Rechts gleichzeitig mit demselben über. Im Ganzen ist die Savignysche Auffassung eine richtige, indem hiebei offenbar davon ausgegangen werden muß, daß eine Uebertragung des Eigenthumsbesitzes auf den irregulären Besitzer vor sich gegangen ist, da schon der Umstand uns darauf hinführt, daß bei dem irregulären Besitze ein Umtausch der Rollen stattfindet.

Aber eine andere Frage ist es, ob die genannte Uebertragung von dem Eigenthümer selbst ausgehe. Dies ist, glaube ich, in der Allgemeinheit nicht anzunehmen, wie dies Savigny thut. Nur beim *Precarium* und bei dem *Sequester* kann von

streng genommen nicht allein für den irregulären Besitz paßt, sondern auch für den regulären, wenn letzterer aus einer abgeleiteten Erwerbs-handlung entsteht. So ist also die Benennung: abgeleiteter Besitz, zu weit, und die Benennung: ursprünglicher Besitz, zu eng.

einer Uebertragung durch den Eigenthümer die Rede sein, indem mit denselben der Besitz nicht unbedingt verbunden ist, es vielmehr hiebei entschieden auf den Entschluß des Eigenthümers ankommt. Bei der Emphyteuse und dem Pfandrechte ist dies aber nicht der Fall. Hier geht der Besitz des Eigenthümers auf den irregulären Besitzer ipso facto über, da die Entstehung der genannten beiden Rechtsverhältnisse ohne den Besitz gesetzlich unstatthaft ist. Aber auch in Betreff des Besitzes des Precisten und des Sequesters ist der Wille des Uebertragenden nicht das allein entscheidende Moment, indem derselbe den Besitz lediglich aus dem Grunde übertragen kann, weil das Gesetz ihm dies nicht verbietet. — Der Annahme der Uebertragung des Besitzes steht der Einwand nicht entgegen: der Eigenthumsbesitz könne als übertragen auf den irregulären Besitzer nicht gedacht werden, da derselbe ja ein regulärer ist. Bei diesem Einwande vergißt man nämlich einen sehr wichtigen Umstand, nämlich, daß die Uebertragung nicht nothwendig eine Succession involvirt. Schon der Umstand sollte darauf hinweisen, daß die Succession in den Besitz absolut ausgeschlossen ist, so daß nicht einmal der Erbe in denselben succedirt. *) Wenn der Eigenthumsbesitz an den Besitzer als ein irregulärer kömmt, so kommt dies nur daher, weil dem Erwerbe eines regulären Besitzes seinerseits Hindernisse entgegenstehen.

Eine andere Erklärung des irregulären Besitzes giebt es nicht; die Gegner stellen auch keine andere auf, sondern subsumiren auch die Fälle des irregulären Besitzes unter den regulären, indem sie entweder in den genannten Fällen den animus dominii herauszufinden sich bestreben, oder den animus dominii überhaupt als das Merkmal des Besitzes nicht gelten lassen wollen.

Das Römische Recht nimmt den irregulären Besitz in folgenden Fällen an:

*) Die accessio possessionis ist in der Besitzeslehre ebenso ein Surrogat der Succession, wie die novatio und cessio in der Obligationslehre.

- 1) Bei dem Faustpfande L. 35. §. 1. de pign. act. „Pignus manente proprietate debitoris — possessionem transfert ad creditorem.“

Auch der hypothecarische Gläubiger wird zum Besitzer der Sache durch die Anstellung des interdictum Salvianum und der actio Serviana. Daß das interdictum Salvianum ihm den Besitz verschafft, geht daraus hervor, daß dasselbe adipiscendae possessionis ist. Dafür, daß die actio Serviana den Besitz gewährt, ist anzuführen L. 66. in fin. de evict. Auch beim gerichtlichen Pfande ist mehr Grund für, als gegen die Annahme des Besitzes vorhanden, indem dasselbe sich mehr an die pignoris capio, als an die immissio in possessionem anschließt. Cf. Bruns §. 2.

- 2) Bei der Emphyteusis.

Den einzigen Beweis dafür, daß der Emphyteuta das Grundstück besitzt, finde ich darin, daß ihm die nämlichen Interdicta zukommen, wie den regulären Besitzern. Die L. 15. §. 1. qui satisfacere cog. liefert hiefür keinen Beweis. Aus §. 2. derselben, welcher lautet: creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat etc., geht hervor, daß das Wort „possessor“ dort nicht den eigentlichen Besitzer, sondern denjenigen bezeichnet, der auf einem emphyteuticarischen Grundstücke ansässig ist.

Ebenso wenig darf man sich auf den Umstand berufen, daß der Emphyteuta die rei vindicatio utilis hat. — Mit der genannten Klage verhält es sich folgendermaßen. Da der Emphyteuta kein Recht auf die Substanz der Sache hat, so folgt, daß dieselbe entweder nur einen gemeinsamen Namen mit der Eigentumsklage führt, sonst aber von ihr völlig verschieden ist, oder daß sie, — vorausgesetzt, daß eine Gleichartigkeit zwischen beiden Klagen besteht, — durch fingirte Cession der Eigentumsklage an dem Emphyteuta gekommen ist, so daß derselbe keine eigene, sondern eine von dem Eigentümer entlehnte Klage hat. — Was ist nun das Richtige? Der letzteren Ansicht scheint dieses theoretische Bedenken entgegen zu stehen, daß die Cession den Verlust der Klage auf Seiten des Cedenten vor

aussetzt, was in Bezug auf die Emphyteuse nicht stattfindet, indem der Eigenthümer durch die Begründung derselben seine Klage nicht einbüßt. Indessen glaube ich an ihre Richtigkeit:

- a) da sonst die Klage des Emphyteuta gewiß einen anderen Namen gehabt hätte, indem der Name „*rei vindicatio*“ auf eine rechtliche Herrschaft über die Sache selbst hinweist, der Emphyteuta aber nur ein *jus in re* hat,
- b) da sonst der Umstand unerklärlich wäre, daß die *rei vindicatio* dem Emphyteuta als eine *utilis* zukommt. Geht man aber von der Annahme aus, daß der Eigenthümer ihm, soweit es sein Bedürfnis erheischt, die Klage cedirt hat, so erklärt sich der genannte Umstand von selbst, indem die Klage von dem Cessionar im Falle der fingirten Cession immer als eine *utilis* angestellt wird,
- c) da das theoretische Bedenken alle Kraft verliert, wenn man bedenkt, daß die Cession eben nur zu dem Zwecke fingirt wird, um die Eigenthumsklage an die Emphyteusis juristisch anzuknüpfen. Die Annahme der Cession dient nur zur Erklärung des Factums, daß der Emphyteuta keine eigene, sondern nur eine von dem Eigenthümer entlehnte Klage hat. Freilich ist diese Thatsache eine auffallende, und es wäre allerdings viel angemessener, wenn der Emphyteuta eine eigene Klage gehabt hätte. Aber sie läßt sich einmal nicht wegdisputiren, sie ist vielmehr anzuerkennen und juristisch zu erklären,
- d) unsere Auffassung ist ganz im Geiste der Römischen Rechts-Doctrin, indem dieselbe sich über kleine theoretische Bedenken, wo sie einen bestimmten praktischen Zweck verfolgte, hinwegzusetzen gewohnt war. — Man denke nur an den Satz: „*haeres personam defuncti suscipit*,“ dem gewiß schon der Umstand entgegen steht, daß die Persönlichkeit als eine untheilbare Totalität mit bloßer Rücksicht auf vermögensrechtliche Verhältnisse auf die Erben nicht übergehen kann, vielmehr entweder auf sie gar nicht übergehen sollte, oder auch nach der persönlichen Richtung hin übergehen müßte.

Da nun also der Emphyteuta als Cessionar des Eigenthümers klagt, so kann offenbar der Name seiner Klage als Beleg für die gegnerische Ansicht nicht angeführt werden. Aber auch abgesehen davon, stellen sich die Gegner hiebei auf einen falschen Standpunkt, indem sie aus der Ähnlichkeit der Emphyteuse mit dem Eigenthum der Intensität nach, — die Berufung auf die *rei vindicatio utilis* bezweckt gewiß nur die Hervorhebung der genannten Ähnlichkeit, da sie sonst keinen Sinn hätte, — den irregulären Besitz ableiten, dieser aber mit der Intensität des Rechts nichts gemein hat, wie einerseits die *superficies*, und andererseits das Pfandrecht, Sequester und *Precarium* beweisen.

Als Beleg für die Ansicht, daß der Emphyteuta das Grundstück besitzt, kann ferner der Umstand nicht angeführt werden, daß demselben die *actio confessoria* und die *actio negatoria* als *utiles* zustehen, indem es sich mit den genannten Klagen, da sie *utiliter* angestellt werden, ebenso verhalten muß, wie mit der *rei vindicatio utilis*, indem also der Emphyteuta sie nicht als eigene, sondern als von dem Eigenthümer vermitteltst der fingirten Cession entlehnte Klagen anstellt.

Für die gegnerische Ansicht spricht endlich auch dieses nicht, daß der Emphyteuta das Eigenthum an den Früchten im Momente der Separation erwirbt. Es scheint mir viel natürlicher zu sein, den Grund des genannten Erwerbes in der Intensität der Emphyteuse als in dem Besitze zu suchen. Wenn man den Erwerb der Früchte durch Separation als einen Ausfluß des Besizes betrachtet, so kehrt man gerade den Gesichtspunkt um, von dem man bei der Berufung auf die *rei vindicatio utilis* ausgegangen ist, indem man das betreffende Recht des Emphyteuta aus dem Besitze ableitet, wohingegen man bei der Berufung auf die *rei vindicatio utilis* aus der Intensität der Emphyteuse den Besitz abzuleiten sich bestrebt. Und doch geschieht dies hergebrachterweise allgemein. Vollends unlogisch verfahren hiebei diejenigen Rechtsgelehrten, welche einerseits dem *bonae fidei possessor* das Eigenthum an den Früchten absprechen, andererseits aber dasselbe dem Emphyteuta zuerkennen und gleichzeitig dessen Fruchterwerb aus dem Besitze ableiten.

3) Beim Precarium. L. 4. §. 1. de precario: Meminisse oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere. L. 33. §. ult. de usurp.

4) Beim Sequester. L. 17. §. 1. depositi vel contra.

Offenbar ist dieselbe, wie auch allgemein angenommen wird, so zu ergänzen: nisi apud sequestrem possessio deposita est, nam tum demum sequester possidet, si et possessio apud eum deposita est.

Der Pfandgläubiger und der Emphyteuta besitzen unbedingt, der Precarist und Sequester bedingt. Der Precarist nämlich alsdann, wenn der precario dans ihm den Besitz ausdrücklich nicht entzogen hat; der Sequester dann, wenn bei ihm die Sache mit dem Besitze deponirt wurde. L. 39. de poss.

Der Precarist wird also als Besitzer und der Sequester als Nichtbesitzer präsumirt.

Viele Rechtsgelehrte sehen auch den Superficiar als einen Besitzer des Gebäudes an, indem sie sich sowohl auf die L. 1. §. 3—5. de vi in Verbindung mit dem Satze, daß de mero jure nemo detrudi potest (L. 4. §. 27. de usurp.), als auch auf den Umstand berufen, daß demselben ebenso wie dem Emphyteuta die rei vindicatio, confessoria und negatoria als utiles zustehen.

Die citirte L. erwähnt zwar, daß der Superficiar mit dem interdictum de vi klagen kann; es ist jedoch anzunehmen, daß er mit demselben auf die nämliche Art klagt, wie der Usufructuar, also nur utiliter.

Der letztere Umstand hat ebenfalls keine Beweiskraft, indem die genannten Klagen dem Superficiar von dem Eigenthümer cedirt werden, und die Uebertragung des Besitzes aus deren Cession unmöglich gefolgert werden kann.

Die richtige Meinung geht dahin, daß der Superficiar nicht das Gebäude, sondern sein Recht besitzt. Für dieselbe spricht der entscheidende Umstand, daß demselben im Falle einer theilweisen Störung nicht das possessorische Interdict uti possid., sondern das quasi possessorische Interd. de superficibus *)

*) Daß das Interd. de superf. ein quasi possessorisches ist, ergibt sich aus seiner Formel, welche nicht auf ein possidere, sondern auf ein

zukommt,*) ferner der Umstand, daß sonst der Eigenthümer des Grund und Bodens seinen Besitz hätte einbüßen müssen in Gemäßheit des Grundsatzes: *possessio plurium in solidum esse non potest*, was nicht der Fall ist, indem derselbe vielmehr

frei geht. (L. 1. pr. de superf.) Dann auch noch daraus, daß Ulpian es im 70. Buche seines Commentars ad Edictum, also zusammen mit den notorisch quasi possessorischen Interdicten darstellt.

*) Den Umstand, daß dem Superficiar nicht das Interd. uti possid., sondern das Interd. de superf. zukommt, erklärt Wangerow (Pandect. §. 200. A. 1.), welcher den Superficiar für einen Sachbesitzer hält, daraus, daß „hier eigentlich nur von einer quasi corporis possessio die Rede ist, indem ein wirklicher Besitz des Gebäudes nur dem Besitzer von Grund und Boden zustehen kann. Wenn nun hier, bemerkt Wangerow weiter, doch aus practischem Bedürfniß contra tenorem juris ein Besitz angenommen wurde, so konnte doch nicht das Interd. uti possid. Platz greifen, welches wirkliche corporis possessio — voraussetzte, sondern es mußte nothwendig ein eigenes Rechtsmittel gegeben werden.“ Richtig ist, wenn Wangerow sagt, daß der Besitz des Gebäudes nur dem Eigenthümer des solum zukommen kann; richtig ist dies darum, weil das Gebäude ein integrierender Theil des solum ist und die Theile zusammen mit dem Ganzen besessen werden. Aber es ist nicht zu billigen, wenn Wangerow, um seine Ansicht zu retten, zu einer durch Nichts gerechtfertigten Annahme Zuflucht nimmt, nämlich zur Annahme, daß es im Römischen Rechte außer der possessio und der quasi possessio noch eine corporis quasi possessio giebt. Mit dergleichen Annahmen, die wie ein deus ex machina aussehen, ließe sich alles beweisen. — Brunß (pag. 9, 10) nimmt an, daß der Superficiar den Rechtsbesitz hat, aber andererseits glaubt er, die Römer hätten sich doch über diese Consequenz hinweggesetzt und den Superficiar als einen Sachbesitzer behandelt, wie sich dies ergebe aus der rei vindicatio, Publiciana, Verpfändung, welche sich auf das praed. superficarium und nicht auf ein jus in re beziehen, sowie aus L. 1. §. 3—5. de vi, nach welcher das notorisch possessorische Interd. unde vi dem Superficiar zukommt. Aber aus dem im Texte Gesagten ergibt sich, daß kein Grund vorliegt anzunehmen, die Römischen Juristen hätten inconsequenterweise den Besitz des Superficiars in einigen Beziehungen als Sachbesitz angesehen, statt entschieden und ohne alle Ausnahme daran festzuhalten, daß derselbe ein Rechtsbesitz ist. Nur in Betreff der Verpfändung ist noch zu bemerken, daß dieselbe als Beleg für die gegnerische Ansicht nicht angeführt werden kann, indem die Befugniß, das Gebäude zu verpfänden, eine Folge der großen Intensität der

mit dem Interd. uti possid. sowohl gegen Dritte, als auch gegen den Superficiar klagan kann, (L. 3. §. 7. uti possid.) endlich der Umstand, daß die Annahme eines Sachbesitzes mit dem Wesen der Superficies unverträglich wäre, wie dies in dem Abschnitte über den Rechtsbesitz gezeigt werden wird.

Die L. 3. §. 5. uti possit.: „— alter solum possidet, alter superficiem“ ist dem nicht entgegen, da das Wort superficies in ihr offenbar nicht ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden, sondern eine projectio bedeutet, die in fremden Aufraum hinüberraagt.

Burchardi (civ. Archiv XX. pag. 22, 26 ff.) und einige Andere weisen den irregulären Besitz sogar dem Usufructuar, sowie den Inhabern der übrigen persönlichen Servituten zu. Da die Quellen ausdrücklich erwähnen, daß der Inhaber einer Personalservitut quasi possessor derselben ist, so hat auch Burchardi Anstand genommen, ihm den quasi Besitz abzusprechen. Seine Meinung geht daher dahin, daß jeder Inhaber einer Personalservitut zwei verschiedene Eigenschaften in sich vereinige, nämlich die Eigenschaft eines quasi possessor der Servitut, und die eines possessor der Sache. Diese Auffassung widerlegt sich von selbst. Ueberdies stehen der Burchardischen Ansicht auch die Quellen entgegen: L. 6. §. 2. de precario: „— nam et fructuarius et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident.“ L. 10. §. ult. de acquir. rer. dom. L. 1. §. 8. de poss. L. 52. pr. cod.

Noch weiter gehen Thibaut, Schweppe, Wening-Ingenheim, Schroeter und Andere, indem sie die Ansicht aufstellen, daß es dem regulären Besitzer freistehe, seinen Besitz auf Andere in der Eigenschaft eines irregulären Besitzes zu übertragen. — Dies ist unrichtig. Die Entstehung des irregu-

superficies ist, von welcher aber, wie schon oben bei einer anderen Gelegenheit hervorgehoben wurde, keine Schlussfolgerungen auf den Besitz gemacht werden dürfen, indem letzterer als ein factisches Verhältniß mit der größeren oder kleineren Intensität des Rechts nichts zu thun hat. Es ist offenbar, daß der irreguläre (abgeleitete) Besitz nicht wegen der Intensität des Rechts, sondern lediglich aus practischem Bedürfniß entstand.

lären Besitzes kann in's freie Ermessen der Privaten nicht gestellt werden, da derselbe anomaler Natur ist, und anomale Verhältnisse selbstverständenermaßen auf bestimmte Fälle gesetzlich eingeschränkt werden müssen.

Erklärung der Entstehung des irregulären Besitzes.

Die Frage, auf welchem Grunde die Entstehung des irregulären Besitzes beruht, wirft sich von selbst auf, da der genannte Besitz anomaler Natur ist. Was das Faustpfand anbelangt, so ist Folgendes zu bemerken: Das Pfandrecht hat sich im Römischen Rechte sehr allmählig ausgebildet. In den älteren Zeiten gab es zwei Formen für dasselbe, die *fiducia* und das *pignus*. Die *fiducia* übertrug das Eigenthum mit der obligatorischen Verpflichtung, die Sache nach Bezahlung der Schuld zu remancipiren, das *pignus* übertrug nur den Besitz für die Dauer der Schuld. Im ersten Falle erwarb der Pfandgläubiger mehr Recht an der Sache, als es sein Interesse erheischte, im zweiten erwarb er gar kein Recht an derselben, sondern nur die Befugniß, in einem factischen, aber durch Interdicten geschützten Verhältnisse zu derselben so lange zu bleiben, bis der Schuldner die Schuld bezahlt hat; jedenfalls erwarb er damit weniger, als es sein Interesse forderte; denn er konnte aus dem Verkaufe der Sache sich nicht befriedigen, indem er als Besitzer das Verkaufsrecht nicht hatte, und dann hing die Sicherheit der Forderung, wenigstens im Falle des Besitzes einer Immobilie, im Grunde genommen doch nur von der Redlichkeit des Schuldners ab, indem dieser die Sache, ungeachtet er ihr Besitzer nicht war, mancipiren konnte. Cfr. Buchta's Institutionen §. 247. folg. — Später führte man die Hypothek ein und erhob das *pignus* durch Ertheilung einer *actio in rem* zu einem *jus in re*. Von nun an war der Besitz beim *pignus* offenbar nicht mehr nöthig, man behielt ihn aber bei, da er nicht störend war. Wer mit dem Geiste des Römischen Rechts vertraut ist, wird dies als ganz in der Ordnung finden.

Was die *Emphyteusis* anbetrifft, so war in der That vom dogmatischen Gesichtspunkte aus kein praktisches Bedürfniß für

die Entstehung des Besizes vorhanden. Das Interesse des Begründers forderte ihn offenbar nicht, ebensowenig das Interesse des Emphyteuta, indem er gegen den Begründer eine *actio in personam* hatte und gegen Dritte ihm entweder die Eigenthumsklage in Folge einer fingirten Cession oder eine besondere Klage ertheilt werden konnte. Ersteres ist auch in der That geschehen. Freilich wissen wir nicht bestimmt, ob die *rei vindicatio utilis* der Entstehung des Besizes des Emphyteuta voranging. Aber dem sei, wie ihm wolle, doch so viel steht fest, daß die gedachte Fiction die Consequenz des bestehenden Rechts nicht bricht, wie es bei der Annahme eines anomalen Besizes der Fall ist. Savigny meint mit Niebuhr, der Besitz sei von dem *ager publicus* auf den *ager vectigalis* und von dem *ager vectigalis* auf die Emphyteusis übergegangen. Ich kann dem nur theilweise beipflichten. Derjenige, welcher mit Bewilligung des Staates auf einem *ager publicus* ansässig war, d. h. dort wohnte und denselben für sich bebaute, war kein Eigenthümer, indem das Eigenthum bei dem Volke verblieb, aber auch kein Inhaber eines *jus in re*, indem die Entstehung eines *jus in re* in dem alten Rechte höchst wahrscheinlich ein Ding der Unmöglichkeit war, so daß damals wohl nicht einmal die Prädialservituten entstehen konnten. Jedenfalls ist so viel sicher, daß an die Möglichkeit der Entstehung eines *jus in re* mit einem so großen Umfange, wie ihn das *jus in agro publico* hat, in der damaligen Zeit nicht gedacht werden kann. Was war er also? Savigny sagt mit Niebuhr: ein Possessor. Dies muß als richtig angenommen werden. Was war aber seine *possessio*? War sie ein factisches Verhältniß *cum animo domini*? Dies ist unmöglich. Das Römische Volk konnte Niemandem das Grundstück mit der Einwilligung geben, daß dieser sich als Eigenthümer auf demselben gerire. Also war wohl der Ansässige auf dem *ager publicus* im Besitze des Grundstückes *cum animo domini* gegen den Willen des Volkes? Dies ist ebenfalls unmöglich, weil alsdann das Wort *possessor*, das allgemein auf die Ansässigen auf dem *ager publicus* bezogen wird, nur auf diejenigen passen würde, welche

sich als Eigenthümer gegen den Willen des Volkes betrachten, nicht aber für Alle.

Was bedeutet also das Wort *possessio*? Nichts anderes, als das Ansässigein auf dem Grundstücke. Es war ebenso wenig ein Besitz, wie die *missio in possessionem*. Diese Bedeutung des Wortes *possessio* hat sich auch in den Pandecten noch erhalten, nämlich in der L. 15. §. 1. 2. qui satisd. cog. Die übrigen Bedeutungen von *possessio* lassen sich von dem hier als richtig angenommenen Gesichtspunkte aus ebenso befriedigend erklären, wie vom Gesichtspunkte Savigny's. In Betreff des *jus in agro vectigali* ist Folgendes zu bemerken: dasselbe war ein höchst singuläres Institut, da es nur an Grundstücken bestimmter Personen möglich war, der Pächter seine Pacht vererbte, und eigene Interdicte hatte.

Es ist aber daran festzuhalten, daß er die Interdicte nicht um des Besitzes willen, sondern umgekehrt den Besitz um der Interdicte willen hatte, was übrigens bei jedem abgeleiteten, irregulären Besitz der Fall ist, und was am klarsten gegen die Meinung derjenigen spricht, welche den irregulären Besitz auf eine Linie mit dem regulären stellen. Da die *Emphyteusis* aus dem *jus in agro vectigali* hervorging, so hat man dem *Emphyteuta* die Interdicte um des Besitzes willen gegeben. Ich unterscheide mich also von Savigny nur darin, daß ich die *possessio* an dem *ager publicus* für verschieden halte von dem wirklichen Besitze; in Betreff der Ableitung der *possessio* des *Emphyteuta* aus dem Besitze eines Inhabers eines *jus in agro vectigali*, pflichte ich der Ansicht Savigny's vollkommen bei; ich pflichte ihr darum bei, weil es nur die Alternative giebt: entweder entstand der Besitz des *Emphyteuta* aus einem practischen Bedürfniß, oder aus rein historischen Gründen, und weil der ersteren Annahme der Umstand entgegensteht, daß es, wie soeben bemerkt wurde, weit geeignetere Mittel zum Behuf der Befriedigung des practischen Bedürfnisses gab, als es die Uebertragung des Besitzes ist. (Die Meinung Schröter's, welche sich nach der Angabe Savigny's in der Zeitschrift Vinde's

befindet, übergehe ich, weil mein jetziger Aufenthaltsort mir die Verschaffung der gedachten Zeitschrift unmöglich macht.)

Beim Precarium war die Entstehung des Besizes, sowohl wegen des Interesses des Precisten, als auch wegen des Interesses des Concedenten, wünschenswerth. Wegen des Interesses des Precisten darum, weil derselbe sonst gegen Dritte auf Rückgabe der Sache nicht hätte klagen können, indem er sich nicht in der Lage befand, um eine von dem Concedenten als cedirt fingirte Klage anstellen zu können, da die fingirte Cession der Klage den Erwerb irgend eines bestimmten Rechts dem Concedenten gegenüber voraussetzt, er aber, da das Precarium eine rein factische Obligation ist, wie an seinem Orte gezeigt werden wird, kein Recht dem Concedenten gegenüber erwirbt. Umso mehr konnte das Interesse des Precisten berücksichtigt werden, als die Dauer des Precarium's und darum des irregulären Besizes des Precisten von dem Willen des Concedenten abhängt, indem derselbe die Rückgabe der Sache beliebig fordern kann. Daß aber auch die Rücksicht auf den Concedenten bei der Entstehung des Sachbesizes des Precisten mitgewirkt hat, und daß ihr vorzüglich die Entstehung desselben zugeschrieben werden muß, kann nicht in Abrede gestellt werden, wenn man bedenkt, daß die Patrone ihre Güter unter keiner anderen Form den Clienten lehnswise übergeben konnten, als durch precarium. Lag nämlich ein solches Gut, wie es gewöhnlich der Fall war, in der Provinz, so mußte auf den Clienten auch der Besitz übertragen werden, da derselbe sonst gegen Störungen und Entsetzungen keine Klage haben würde, indem er als bloßer Inhaber kein sachliches Interesse an der ruhigen Erhaltung des Besizes haben möchte, und indem der Patron ihn zur Anstellung der Klage in seinem Namen nicht beauftragen konnte, da zwischen Beiden ein familienartiges Verhältniß bestand, das die Abschließung von Rechtsgeschäften hinderte. Hieraus wären für den Patron offenbare Nachtheile entstanden, der Client hätte ihm erst anzeigen müssen, daß er im Besitze gestört wurde, eine solche Anzeige würde bei größerer Entfernung nur nach einer geraumen Zeit an ihn gelangen. Was war also unter diesen

Umständen natürlicher, als den Patron zur Uebertragung des Besizes auf den Klienten zu authorisiren.^{*)}

Beim Sequester war die Entstehung des irregulären Besizes offenkundig durch das Interesse beider Litiganten geboten, indem der Besitz den Sequester in den Stand setzt, die Sache von Jedem auf eine leichte Weise zurückzufordern, und alle beim Haben derselben vorgefallenen Störungen abzuwenden.

Kritik der Ansicht der Juristen, welche die Existenz des irregulären Besizes überhaupt in Abrede stellen.

Einen scheinbaren Anhaltspunkt hat diese Ansicht darin, daß die Quellen den Gegensatz zwischen dem regulären und irregulären Besize nicht hervorheben; einen scheinbaren darum, weil uns das Schweigen der Quellen nicht zwingen kann, die Resultate eigener Forschungen zu verläugnen, zumal da die Quellen überhaupt nur sehr wenig über den Begriff des Besizes enthalten. Die Frage, ob es einen irregulären Besitz giebt, löst sich auf in die Frage, ob der *animus dominii* das charakteristische Merkmal des Besizes ist. Savigny bejaht dies, und mit Recht. Die Richtigkeit seiner Ansicht findet den besten Probestein an der Unrichtigkeit der Ansicht seiner Gegner. Ueberhaupt richten dieselben ihr Augenmerk nur auf Eins: sie wollen das anomale Wesen der Fälle des irregulären Besizes wegdisputiren ohne zu bedenken, daß ihre Aufgabe eine zwiefache ist. Es würde nämlich, wenn man den irregulären Besitz für einen völlig anomalen gelten ließe, doch noch die Anomalie zurückbleiben, daß derjenige, welcher den *animus dominii* hat, als Nichtbesitzer gilt. Diese ganz richtige Bemerkung macht Savigny. Leider ist sie unbegreiflicherweise unbeachtet geblieben.

Nach Gnyet, Warkönig, Buchholz besitzt Jeder,

*) Aus der Rücksicht auf das Interesse des Concedenten ist auch ganz gewiß der Umstand zu erklären, daß der Besitz beim *precarium* präsumirt wird, und nicht aus der Rücksicht, daß ihm das beliebige Rückforderungsrecht gegen den Precisten zukommt, wie Kierulff glaubt.

der sich überhaupt in einem bleibenden, dauernden Verhältnisse zur Sache befindet.

Da die Person nur in einem dinglichen Verhältnisse zur Sache stehen kann, so leuchtet die Unhaltbarkeit der genannten Ansicht von selbst ein, indem nach derselben einerseits weder der Precist, noch der Sequester die Sache besitzen könnten und andererseits außer dem Eigenthümer, Superficiar und Pfandgläubiger, noch die Inhaber der Servituten und wohl auch der hypothecarische Gläubiger sie besitzen müßten.

Kierulff (pag. 352) meint Folgendes: „Der Besitz ist zwar Ausübung eines Rechtsinhaltes, aber nicht Ausübung eines Rechts. Der Besitzer übt das, was den Stoff, das Object eines Rechts ausmachen kann, für sich aus, aber die Natur des Besitzes fordert weder, daß er es als ein Recht haben will, noch auch, daß er es als ein Recht zu haben glaubt. Das eine wie das andere kann zwar zugleich mit dem Besitze verbunden sein, aber es gehört nicht zu seinem Wesen. Nicht minder ist es für den Begriff desselben gleichgültig, ob der Besitzer das Recht oder bessere Recht eines Anderen an der von ihm besessenen Sache anerkennt, oder nicht. — Hieraus ist zu ersehen, daß, wenn man den Willen, welcher den Character des Besitzes ausmacht, *animus domini* nennt, dies nicht so verstanden werden darf, als wenn darin überhaupt eine Beziehung auf eigenes Recht und die Nichtanerkennung eines fremden Rechts liegen sollte. Man muß bei dem Ausdruck *dominus* in dieser Verbindung von der gewöhnlichen technischen Bedeutung desselben absehen. Der wirkliche Besitzer ist factisch Herr des Objects, will so Herr sein und die Sache für sich haben: dies ist *animus domini*.“

Nach dieser Auffassung mußte Kierulff consequenterweise die Existenz des irregulären Besitzes völlig in Abrede stellen. An seiner Ansicht ist zweierlei auszusetzen. Zunächst ist die Richtigkeit des Satzes fraglich, daß der Besitzer zwar die Absicht haben kann, den Inhalt, den Stoff eines Rechts auszuüben, aber daß dies kein nothwendiges Requirat des Besitzes ist, indem der Wille der Person sich bei der Ausübung eines Rechts

stoffes, was, meiner Ansicht nach, nur ein anderer Ausdruck für die Ausübung eines Rechts ist, nur in einer doppelten Richtung manifestiren kann, entweder in der Richtung, das Recht für sich, oder für einen Anderen auszuüben, und indem im Falle, wenn die Person den Willen hat, ein bestimmtes Recht für einen Anderen auszuüben, nicht der Besitz, sondern die Detention entsteht. Ebenso problematisch ist die Behauptung, daß es für den Begriff des Besitzes gleichgültig sei, ob der Besitzer das Recht eines Anderen anerkennt, oder nicht. Denn wenn der Besitz eine Herrschaft der Person über die Sache ist, was auch Kierulff annimmt,*) wenn also der Besitzer sich selbst als factischer Herr der Sache betrachtet, so folgt daraus consequenterweise, daß er den Willen haben muß, das Recht eines Anderen zu negiren. Wer das fremde Recht anerkennt, der will eo ipso kein Herr der Sache sein, indem der Begriff der Herrschaft ein ausschließender ist, so daß jede Theilung in dieselbe mit Anderen sich nur als eine Mitherrschaft, als eine Herrschaft Mehrerer darstellen kann, also in der Besitzeslehre als ein Mitbesitz. Kierulff begeht somit einen logischen Widerspruch.

Puchta (Pandecten und Vorles. S. 125. — Richter's crit. Jahrb. 1837 pag. 679 f.) faßt den *animus domini* als einen auf die volle Herrschaft über die Sache gerichteten Willen auf, er identificirt ihn aber nicht mit dem *animus domini*, indem mit letzterem sich die Anerkennung des fremden Eigen-

*) Cf. pag. 341: „Gerade deshalb, weil dieser Besitz die stetige Fortdauer des unmittelbaren Verhältnisses zur Sache nicht fordert, ist er, und er allein wirkliche, factische Herrschaft über die Sache u. s. w.“

**) In den Vorlesungen sagt Puchta: „die Meinung (nämlich Savigny's), beruht auf einer nicht ganz richtigen Auffassung des *animus domini*, wonach ihm die Anerkennung eines fremden Eigenthums widersprechen solle; nur die Anerkennung des fremden Besitzes ist mit dem *animus domini* unverträglich, er ist factische, nicht juristische Aneignung.“ Puchta spricht somit gerade so, als ob die subjective Nichtanerkennung des fremden Eigenthums eine rechtliche Vernichtung desselben zur Folge hätte.

thums nicht verträge und also beim Besitzer nicht angenommen werden könne, da dieser das Recht des Eigenthümers anerkenne. Puchta steht mit seiner Auffassung ganz auf dem nämlichen Standpunkte, wie Kierulff. Die Unterscheidung zwischen einem *animus domini* und *dominii* ist offenbar nicht zu billigen. Beide Ausdrücke drücken einen und den nämlichen Begriff aus. Es ist aber noch zu bemerken, daß Puchta nicht so consequent ist, als Kierulff, welcher den Besitz auch noch über die in den Gesetzen anerkannten Fälle hinaus ausdehnt, wie es die Consequenz fordert. Man lese darüber nach, was Kierulff pag. 356 in der Anmerkung sagt.

Bartels faßt den Willen des Besitzers als *animus rem sibi habendi* auf. *Animus rem sibi habendi* ist freilich ein sehr umfassender Begriff, hat aber keinen positiven Inhalt. Den *animus rem sibi habendi* hat ein Jeder, der die Sache in fremden Namen nicht besitzt; bei unserer Frage handelt es sich aber nicht um einen negativen, sondern um einen positiven Begriff, nämlich darum, in welcher Art sich der Wille der Person äußern muß, damit sie als Besitzer der Sache gelten kann. Die Antwort darauf ist Bartels schuldig geblieben. Die Lösung derselben wollen wir nun versuchen. Da der Besitz sich nur dadurch vom Eigenthume unterscheidet, daß der Erwerb des letzteren auf einem Rechtstitel beruht, während der Erwerb des ersteren, indem derselbe ein factisches Verhältniß ist, einen Rechtstitel nicht voraussetzt, da ferner die Person kraft ihrer Persönlichkeit einen Rechtstitel zum Erwerbe des Eigenthums an den *res nullius* hat, so leuchtet ein, daß der Begriff des Besitzes den Begriff des Eigenthums voraussetzt, m. a. W. daß der Erwerb des Besitzes anfänglich nur an denjenigen Sachen möglich war, welche bereits einen Eigenthümer hatten, demnach daß die Annahme des Besitzes an eigenen Sachen eine Erweiterung des primitiven Besitzesbegriffs enthält. Daran knüpft sich von selbst die Folgerung, daß der Begriff des Besitzes eine Negation des fremden Eigenthums enthält, woraus von selbst weiter folgt, daß der Besitzer den *animus dominii* haben muß, indem der Wille, zu der Sache in ein anderes Verhältniß zu

Verhältniß zu treten als das Eigenthumsverhältniß ist, keine Negation, sondern umgekehrt eine stillschweigende Anerkennung des fremden Eigenthums involvirt.

Für unsere Auffassung spricht ferner der Umstand, daß der Besitz in der Verbindung mit *justa causa* und *bona fides* zur Usucapion hinführt, welche, da sie ein Erwerbsact des Eigenthums ist, den *animus dominii* nothwendigerweise voraussetzt. Wäre der *animus dominii* kein Requisit des Besitzes, so hätten die Römischen Juristen bei der Usucapion nicht vom Besitze im Allgemeinen, sondern von einer bestimmten Art desselben gesprochen. Einen weiteren Beweis liefert der Umstand, daß Theophilus den Besitz ausdrücklich als *κατοχή φύχῃ δεσποζοντος* bezeichnet. (Theoph. II. 9. §. 4. III. 29. §. 2.). Das nämliche thun die späteren Byzantiner (Basil. 50. 2. c. 61. — Hermenop. II. 1. §. 4.).

Auch die L. 1. de poss.: „— *dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse* Nerva ait. etc.“ kann hier angeführt werden, indem Paulus mit Nerva darin die ersten Anfänge des Eigenthums aus dem Besitze im Allgemeinen ableitet, was freilich nicht richtig ist, da das Eigenthum genetisch früher, als der Besitz entstanden ist. Wäre der *animus dominii* nach der Ansicht des Paulus kein Merkmal des Besitzes, so hätte er sich gewiß anders ausgedrückt. — Noch ist zu bemerken, daß die Uebertragung des Besitzes auf den Eigenthümer nichts Auffallendes in sich hat. Die Sache verhält sich so: Es kann zwar Niemand ein und das nämliche Recht mehrmals haben, aber die Coexistenz eines factischen Verhältnisses neben einem Rechtsverhältnisse, ungeachtet das factische Verhältniß die Ausübung des nämlichen Rechtsstoffes wie das Rechtsverhältniß zum Inhalte hat, ist wohl zulässig, da die Sphäre der factischen Verhältnisse in der Sphäre der rechtlichen Verhältnisse nicht aufgehet, vielmehr diese zwei Sphären unabhängig von einander existiren. Der Uebertragung des Besitzes auf den Eigenthümer stand nicht nur theoretisch nichts entgegen, sondern sie wurde sogar durch die Rücksicht geboten, daß die Anstellung der Interdicte, da damit der Beweis des Eigenthums nicht

verbunden war, dem Eigenthümer wirkliche Vortheile gewährt, welche ihm unmöglich entzogen werden konnten. Warum sollte der Nichteigenthümer besser gestellt sein, als der Eigenthümer?

Ist der Besitz ein Recht oder ein Factum?*)

Ich halte ihn für ein Factum und zwar aus folgenden Gründen:

1) Weil sein Erwerb sich niemals auf einen eigentlichen Rechtstitel stützt. Dem widerspricht der Umstand nicht, daß es auch eine *justa possessio* giebt, d. h. einen Besitz, der sich auf eine *justa causa* gründet; denn die *justa causa* drückt hiebei, wie weiter unten gezeigt werden wird, nur eine relative Berechtigung zum Besitzeserwerbe aus, daher ändert auch ihr Vorhandensein die Natur des Besitzes nicht. Die *justa possessio* ist ebenso ein factisches Verhältniß wie die *injusta*. L. 3. §. 5. de poss. L. 2. *Uti possid.***)

Wäre der Besitz ein rechtliches Verhältniß, so würde dessen Erwerb ohne einen absoluten Rechtstitel unmöglich sein, da die rechtlichen Verhältnisse eine objective, von den Willen des einzelnen Subjects unabhängige Grundlage haben müssen.

*) Die genannte Controverse hat eigenthümliche Schicksale erlebt. Sie war lange Zeit ein Zankapfel der historischen und philosophischen Schule und man war geneigt, sie als eine Grenzscheide einer neuen Ära der Wissenschaft anzusehen. Dies war freilich zu viel. Heut zu Tage scheint man ihr aber jedes Interesse absprechen zu wollen. Dies ist wieder viel zu wenig. Dieselbe ist sehr wichtig; sie berührt das innerste Wesen des Besitzes und zwar in einem so hohen Grade, daß man aus der bloßen Art, wie sie aufgefaßt wird, folgern kann, ob das Wesen desselben richtig erkannt wird, oder nicht. Ich sehe gar nicht an, zu behaupten, daß Alle, die den Besitz als ein Recht ansehen, so groß auch ihre Autorität und ihre Verdienste um die Wissenschaft sein mögen, kein klares Bild von demselben haben, indem die wichtigsten und ihm gerade eigenthümlichsten Erscheinungen sich nur dann erklären lassen, wenn man von der Annahme ausgeht, daß er ein factisches Verhältniß ist.

**) Der *justus possessor* ist relativ berechtigt dem *injustus* und der Possessor dem Nichtpossessor gegenüber. In der That kann bei factischen Verhältnissen keine andere Berechtigung zur Sprache kommen, als eine relative.

2) Weil das Eigenthum durch die Entstehung des Besitzes an seiner Intensität nichts verliert, vielmehr nach dessen Entstehung im Zustande der Unbeschränktheit (*dominium illimitatum*) verbleibt, wenn es nicht früher durch die Begründung eines *jus in re* eine Schranke erhalten hat. Wäre der Besitz ein Recht, so würden im Momente seiner Entstehung die nämlichen Erscheinungen am Eigenthume hervortreten müssen, welche bei der Begründung eines *jus in re* stattfinden, indem ein schwächeres Recht neben einem stärkeren nur unter der Bedingung existiren kann, wenn letzteres zu Gunsten des ersteren beschränkt wird.

3) Einen augenscheinlichen Beweis für die Richtigkeit unserer Meinung liefert der Umstand, daß auch der Dieb die gestohlene Sache besitzt, indem der Erwerb eines Rechts durch unrechtliche Handlungen absolut unzulässig ist. Die Negation eines fremden Rechts vermag darum kein Recht zu erzeugen, weil sonst die sociale Ordnung über den Haufen geworfen würde und ein Zustand des *bellum omnium contra omnes* eintreten möchte, aus dem der physisch Stärkste als Sieger über alle Andern hervorgehen würde.

4) Auch der Umstand darf hiebei nicht übergangen werden, daß der Besitz ohne allen Erlöschungstitel erlischt. Ein Recht kann nämlich ohne eine wirkliche *justa causa* ebensowenig erlöschen, wie es ohne dieselbe erworben wird. Mit dem Besitze verhält sich die Sache, näher betrachtet, so: derselbe wird verloren *aut solo corpore*, *aut solo animo*. Der Verlust *animo* könnte am Ende als begründet auf einen wirklichen Titel angesehen werden, indem Niemand genöthigt werden kann, ein bestimmtes Recht länger zu behalten. Daher erzeugt auch der *animus contrarius* den Verlust des Eigenthums, sowie aller anderen Rechte. Anders ist es mit dem Verluste des Besitzes *corpore*. Derselbe gründet sich nie und nimmer auf einen Rechtstitel.

5) Entscheidend ist hiebei ferner dies, daß der Besitz nur gegen bestimmte Störungen geschützt wird, nämlich nur gegen diejenigen, welche unter erschwerenden Umständen vor sich ge-

gangen sind. Wäre derselbe ein Recht, so würde er stets einen Schutz haben müssen, da ein Recht seiner Natur nach auf einen unbedingten Schutz Anspruch hat.

6) Auch dies darf nicht verschwiegen werden, daß der Besitz in Folge der Dejection, also in Folge der Gewalt, verloren geht. Wäre er ein Recht, so würde eine gewaltsame Handlung keine Aenderung an ihm hervorbringen können; da ein Recht nur in Collision mit einem anderen stärkeren Rechte erliegen kann.

7) Beweisend ist hiebei auch der Umstand, daß der Eigenthümer neben der Eigenschaft des Eigenthümers auch die Eigenschaft eines Besitzers seiner eigenen Sache haben kann. In Gemäßheit des Grundsatzes, daß beim Zusammentreffen plurium causarum lucrativarum nur eine wirksam ist, müßte der Eigenthümer nur Eigenthümer sein können, wenn der Besitz ein Rechtsverhältniß wäre. Zu dem nämlichen Resultate kann man noch auf einem anderen Wege gelangen. Man kann nämlich hiebei auch von dem Grundsatz ausgehen: *nomini res sua servire potest*, der zwar, litterär genommen, sich nur auf die Servituten bezieht, aber dem Geiste nach auf alle Verhältnisse paßt. Wäre der Besitz ein Recht, so würde der Eigenthümer seine eigene Sache ebensowenig besitzen können, als er an ihr keine Servitut, keine Emphyteuse, keine Superficies, kein Pfandrecht haben darf.

8) Entscheidend ist dann auch der Umstand, daß eine *emptio possessionis* von Seiten des Eigenthümers der Sache statthast ist, indem dieselbe nur unter der Voraussetzung einen Sinn haben kann, wenn man daran festhält, daß der Besitz ein Factum ist. Auch noch so kann man die Sache ausdrücken: da die Zulässigkeit der *emptio possessionis* offenbar eine Folge des Satzes ist, daß der Eigenthümer neben der Eigenschaft des Eigenthümers auch die Eigenschaft des Besitzers haben kann, so leuchtet ein, daß dieselbe auf die nämliche Art, wie jener Satz erklärt werden muß, d. h. eben aus der factischen Natur des Besitzes.

9) Einen sehr wichtigen Beleg findet unsere Behauptung darin, daß in der Besitzeslehre alle Succession ausgeschlossen

ist. Dies läßt sich nämlich nur durch die Annahme erklären, daß der Besitz ein *Factum* ist.

10) Wäre der Besitz ein Recht, so würde auf ihn sowohl das *jus Postliminii*, als auch die *fictio legis Corneliae* Anwendung finden müssen, was bekanntlich nicht der Fall ist. Beide Fiktionen beziehen sich auf ihn aus dem Grunde nicht, weil sie untergegangene Verhältnisse dadurch ins Leben rufen, daß sie dem Erlöschungstitel derselben die Rechtskraft nehmen. Hieraus folgt nämlich von selbst, daß ihr Wirkungskreis auf rechtliche Verhältnisse beschränkt werden mußte.

11) Auch die Existenz eines vitiosen Besitzes spricht dafür, daß der Besitz ein bloßes *Factum* ist. Ein vitioses Recht wäre nämlich im Grunde genommen kein Recht.^{*)} Dies erklärt auch, warum die Quellen von einem *vitium dominii, servitutis u. s. w.* nie reden.

12) Auch der Ausdruck *vacua possessio* ist nur dann erklärbar, wenn man an der factischen Natur des Besitzes festhält, wie dies in dem Abschnitte: über die *vacua possessio* gezeigt werden wird.

13) Mit der Ansicht, daß der Besitz ein Recht ist, kann endlich der Umstand nicht in Einklang gebracht werden, daß die restitutorischen Interdicte den Verlust des Besitzes voraussetzen. Wäre der Besitz ein Recht, so würde der Klagantrag des Besitzers der Sache die Existenz des Besitzrechts voraussetzen müssen, da es eine Sinnlosigkeit wäre, die Klage auf ein untergegangenes Recht stützen zu wollen.

Quellenäußerungen über die Natur des Besitzes.

Wer mit dem Geiste der Quellen vertraut ist, wird es nicht auffallend finden, daß sich in ihnen nur einzelne abgerissene

^{*)} Dem Preussischen Landrechte, nach welchem der Besitz mehr ein Recht, als ein *Factum* ist, ist daher die Consequenz nicht abzuspochen, wenn dasselbe den Besitzer im Falle eines fehlerhaften Besitzerwerbes nur als einen Detentor betrachtet. Vom Standpunkte der richtigen Theorie aus ist diese Bestimmung freilich eine ungerechtfertigte.

Äußerungen über die Natur des Besitzes finden, aber es läßt sich aus ihnen folgern, daß die Römischen Juristen ein ganz richtiges Urtheil über den Besitz gehabt.

Nehmen wir zunächst die L. 2. *uti possid.*, welche man als Beweis dafür benutzt hat, daß Paulus den Besitz für ein Rechtsverhältniß ansieht. Sie sagt am Ende: „*qualiscunque possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.*“ Wäre Paulus der Meinung gewesen, daß der Besitz ein Recht sei, so hätte er sich gewiß anders ausgedrückt, da der Inhaber eines Rechts jedem Dritten gegenüber absolut berechtigt ist, die genannte Äußerung des Paulus aber offenbar nur auf eine relative Berechtigung hinweist. Es wäre absurd zu sagen: der Eigenthümer hat schon dadurch, daß er Eigenthümer ist, mehr Recht als der Nicht-eigenthümer; und zwar darum, weil der Eigenthümer allein ein Recht hat, der Nicht-eigenthümer aber gar kein Recht für sich in Anspruch nehmen darf.

L. 44. *de poss.* „— *Dixi, quoniam custodiae causa pecuniam condidisset, jus possessionis ei non videri peremptum.*“

L. 2. §. 38. *ne quid in loco publ.* „*Habere eum dicimus, qui utitur et jure possessionis fruitur.*“
reden von einem *jus possessionis*; dessenungeachtet können sie als Beweis dafür nicht angeführt werden, daß der Besitz ein Recht sei, indem der genannte Ausdruck sich nicht auf den Besitz, sondern auf dessen rechtliche Wirkungen bezieht. Der Besitz ist ein *Factum*, aber dessenungeachtet erzeugt er bestimmte *jura*, dies ist der Sinn der citirten Fragmente.

L. 49. §. 1. *de poss.* sagt: „*possessio non tantum corporis sed et juris est.*“ *Corporis* ist unzweifelhaft hier gleichbedeutend mit *facti*. Papinian drückt sich hier offenbar ebenso ungeschickt aus, wie Savigny, wenn er sagt: „der Besitz ist ein Recht und *Factum* zu gleicher Zeit.“ Aber ungeachtet der Unrichtigkeit der Ausdrucksweise Papinian's kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Papinian entweder den Gedanken ausdrücken wollte, daß der Besitz, wenn er auch an sich

ein lediglich factisches Verhältniß ist, dennoch rechtliche Folgen erzeugt, oder auch den Gedanken, daß derselbe zwar ein Factum ist, aber dennoch manches (z. B. dies, daß nur res in commercio besessen werden) von dem Rechte entlehnt hat. Im letzteren Fall würde das angeführte Fragment den nämlichen Sinn haben, wie die L. 49. in fine de poss., die ausdrücklich sagt: „plurimum ex jure possessio mutuetur.“

L. 11. de ac. rer. dom. „Pupillus — alienare nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis etc.“

Der Ausdruck: quae est naturalis, ist offenbar gleichbedeutend mit: quae est res facti, quae est causa facti.*)

Zwei Fragmente bezeichnen den Besitz geradezu als res facti, causa facti. Es sind dies die L. 1. §. 3. 4. de poss. und die L. 19. ex quib. causis maj.**)

Auch die L. 3. §. 4. de poss. kann füglich angeführt werden als Beweis, daß die Römer sich den Besitz als ein Factum gedacht, indem der dort aufgestellte Satz offenbar aus der factischen Natur des Besitzes abgeleitet wird.

Vitterarische Notizen in Betreff der Frage, ob der Besitz ein Recht oder ein Factum ist.

Die Ansicht, daß der Besitz ein Recht ist, hat viele und namhafte Anhänger gefunden. Wir wollen hier nur die Argu-

*) Savigny übersetzt das Fragment so: der Pupill kann ohne den Vormund nichts veräußern, nicht einmal denjenigen Besitz, welcher lediglich zur Anstellung der Interdicta berechtigt. Savigny liest nämlich: et ne quidem eam possessionem, quae est naturalis. Diesen Sinn kann aber die angeführte L. unmöglich haben, indem in ihr offenbar die Rechtsverhältnisse dem factischen Besitzesverhältnisse im Allgemeinen entgegengesetzt werden. Savigny mußte freilich die gedachte L. in der obigen Weise übersetzen, da er daran festhält, daß possessio naturalis, wenn sie einen Besitz bezeichnet, so nur denjenigen, der den bloßen Interdictenschutz ohne die Usucapionsbefugniß gewährt.

**) Mit den genannten Fragmenten sind nicht zu verwechseln L. 29. de poss. L. 1. §. 15. si is qui test.; denn in ihnen drückt der Ausdruck

mente zweier Rechtslehrer prüfen, nämlich die des Gans und Puchta.

Gans hält an der Substantialität des Willens fest und stellt die Behauptung auf, daß der Wille der Person, als solcher, ohne alle Rücksicht darauf, ob er sich auf einen Rechtsgrund stützt oder nicht, auf volle Anerkennung Anderer einen Anspruch hat. Dadurch gelangt er consequenterweise zu dem Resultate, daß der Besitz eine Art des Eigenthums ist, die er bald mit dem Namen „des Eigenthums nach der Seite des besondern, des subjectiven Willens“, bald mit dem Namen „des anfangenden Eigenthums,“ bezeichnet.

Hätte der Wille eines einzelnen Individuums kraft seiner Substantialität an sich eine rechtserzeugende Kraft, so würde jedes einzelne Individuum ein absolutes Recht haben auf den Erwerb aller körperlichen Sachen; demgemäß würde auch einem Diebe ein Recht an der gestohlenen Sache nicht abgesprochen werden können. Die Gans'sche Theorie kann, indem sie die objective Grundlage des Rechts negirt, nur für die Zeit einen Anspruch auf Richtigkeit haben, in der es noch kein Privatrecht gab.^{*)} Für unsere Zeit entbehrt sie alles Haltpunkts. In gutgeordneten Staaten erzeugt die Substantialität des Willens einseitig nur dann ein Recht, wenn sie sich den *res nullius* gegenüber geltend macht in Gemäßheit des Satzes: *res nullius cedit primo occupanti*. — Gegen die Gans'sche Theorie spricht auch das Factum, daß sowohl das Römische Recht, als auch alle unsere neueren Gesetzbücher außer dem Eigenthum noch *jura in re* und den Besitz kennen. Hätte der Mensch ein unbedingtes Recht allen Sachen gegenüber, so würde in der Rechtswissenschaft nur von einem einzigen dinglichen Verhältnisse die Rede sein können, nämlich vom Eigenthume. Die *jura in re*

res facti einen Gegensatz von *res animi* aus; derselbe bezieht sich somit auf das *corpus*, auf die Herrschaft über die Sache von der physischen Seite aus, im Gegensatz der Herrschaft über dieselbe von der Seite des Willens.

^{*)} Freilich ist es noch sehr problematisch, ob eine solche Zeit wirklich jemals existirt hat.

würden darum nicht existiren können, weil sie aus der Beschränkung des Eigenthums entstehen, indem daraus von selbst folgt, daß der Erwerber sich nicht auf ein absolutes, sondern auf ein sehr relatives Recht beruft, da er ja das fremde Eigenthum anerkennt. Für den Besitz wäre unter diesen Umständen darum kein Platz in dem Rechtssysteme vorhanden, weil der *animus domini* — dies nimmt Gans als wahr und richtig an — sein Charactermerkmal ist, weil also derselbe nur unter der Voraussetzung entstehen kann, wenn der Besitzer keinen Rechtstitel für seinen Erwerb anzuführen im Stande ist; diese Voraussetzung wäre aber im Momente des stattgehabten *corpus* und *animus* nicht vorhanden, wenn die Gans'sche Auffassung eine richtige wäre, indem der Rechtstitel schon in dem *animus domini* enthalten wäre. Die Bezeichnung des Besitzes als einer Art des Eigenthums ist daher von dem Gans'schen Gesichtspunkte aus ganz consequent, aber freilich grundlos. Die Namen: anfangendes Eigenthum, Eigenthum nach der Seite des besondern, des subjectiven Willens, mit welchen Gans den Besitz benennt, sind lauter logische Widersprüche, indem bei der Entstehung des Eigenthums das Präsens mit dem Präteritum zusammenfällt (anfangendes Eigenthum ist sofort ein fertiges Eigenthum, das Eigenthum wird nicht concipirt wie ein Kind), und indem das Eigenthum nach der Seite eines bloß subjectiven Willens eben kein Eigenthum ist.

Die L. 12. §. 1. de poss. „*Nihil commune habet proprietas cum possessione*“ etc. und die L. 52. eod. „*quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent*“ warnen mit Recht vor Verwechslung des Eigenthums mit dem Besitze.

Die L. 1. §. 1. de poss., auf welche Gans verweist, spricht nicht im Geringsten für seine Ansicht. Ihr wahrer Sinn wurde schon oben bei einer anderen Gelegenheit angegeben.

Puchta („Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz?“ Rh. Museum Jahrg. III. 19. pag. 289 — 308) betrachtet den Besitz, wie schon oben bei einer anderen Gelegenheit bemerkt wurde, als ein Recht an der eigenen Person. Aber

nicht jedes Recht an der eigenen Person, meint Buchta, sei Besitz, das Recht an eigener Person könne auch ein *jus status*, ein Recht der Ehre u. s. w. sein. Nur alsdann sei das Recht an der eigenen Person als Besitz aufzufassen, wenn dabei eine Rücksicht auf „die natürliche Unterwerfung äußerer Gegenstände“ genommen werde. Nach Buchta muß also im Besitze eine zwiefache Beziehung unterschieden werden, nämlich die Beziehung der Person auf sich selbst und die Beziehung der Person auf die Sache. Das Object der ersteren Beziehung ist nach Buchta die Person, das Object der zweiten die Sache. Ein paar Zeilen weiter bemerkt er zur Erklärung seiner Ansicht Folgendes: „Bei dem Schutze eines jeden Rechts wird auch der Wille, die Persönlichkeit geschützt. Ist das Recht aber ein Recht an einem außer der Person existirenden Gegenstande, so wird hier die Persönlichkeit nur mittelbar geschützt. Dieser Schutz der Persönlichkeit liegt nun auch in dem Schutze des Besitzes; damit ist noch nichts Besonderes für ihn behauptet, es ist ein Umstand, der für alle Rechte eintritt, also für den Schutz des Besitzrechtes nicht geleugnet werden kann. Während nun aber bei jenen anderen Rechten der Schutz unmittelbar diesen Rechten, der Persönlichkeit nur mittelbar ertheilt wird, so ist hier bei dem Schutze der natürlichen Unterwerfung kein solches Recht von einem äußeren Gegenstande, welches unmittelbar geschützt würde, also ist es hier die Persönlichkeit, der Wille, der sich selbst zum Gegenstande hat, allein und unmittelbar, welcher als das zu schützende Recht anerkannt wird.“*) In einer Stelle der Vorlesungen (§. 122.) scheint Buchta diese Meinung aufzugeben zu haben. Er bemerkt nämlich dort: „Die factische Unterwerfung der Sache unter den Willen der Person ist ein Recht, aber nicht in dem Sinne, daß sie an und für sich selbst Recht

*) In den Vorles. (§. 122.) giebt Buchta den Unterschied zwischen Besitz und Eigenthum folgendermaßen an: „Besitz ist die noch unter dem Schutze, gleichsam der Gewalt des Rechts der Persönlichkeit stehende, Eigenthum ist die davon emancipirte, auf eigenen Füßen stehende Unterwerfung der Sache.“ Dies ist nur ein anderer Ausdruck für die im Texte angeführte Meinung.

wäre, sie ist ein Recht, das sich gleichsam mitten inne einschleibt zwischen das Recht der Persönlichkeit und die rechtliche Unterwerfung der Sache.“ Aber an anderen Stellen ist Buchta auf seine obige Ansicht zurückgekommen.

Daß sich die Person selbst zum Gegenstande nicht haben kann, ist schon in dem Abschnitte: über die Stellung des Besitzes im Rechtssysteme, bemerkt worden. Wenn B. den Unterschied zwischen dem Besitze und Eigenthume lediglich darin findet, daß der Rechtsschutz, dessen der Eigenthümer genießt, sich unmittelbar auf das Eigenthum und nur mittelbar auf ihn bezieht, wohingegen beim Besitze nur die Person allein und unmittelbar geschützt wird, so halte ich dies für ungerechtfertigt. Meiner Meinung nach schützen die Interdicte lediglich den Besitz und die Eigenthumsklage lediglich das Eigenthum. Von einem, sei es mittelbaren, sei es unmittelbaren Schutze der Person kann so wenig bei den Interdicten wie bei der Eigenthumsklage die Rede sein. Zum Schutze der Person als solcher dienen ganz andere Klagen, nämlich entweder die *actiones praejudiciales* oder die Injurienklage.

Welche Vortheile gewährt der reguläre Besitz?

Ein alter Jurist hat, wie Savigny bezeugt, ein Verzeichniß von 72 Besitzesvortheilen zusammengestellt; natürlich ohne alle Kritik. Es giebt nur drei Fälle, in denen von einem Besitzesvortheile die Rede sein kann, nämlich bei dem Interdictenschutz, bei der Usucapion und bei dem Fruchtterwerbe. In allen diesen Fällen aber gewährt der Besitz nur mittelbar einen Vortheil, da derselbe als ein factisches Verhältniß überhaupt keine unmittelbaren Rechtsfolgen erzeugen kann. Mit anderen Worten: die Interdicte, die Usucapion und der Fruchtterwerb werden durch Vermittelung einer höheren Rechtsidee an den Besitz geknüpft. Die Usucapion gründet sich darauf, daß die Zeit ein Regulator der Rechtsverhältnisse ist. Nicht der Besitz also erzeugt das Eigenthum, sondern die Zeit; der Besitz verschafft dem Eigenthum nur einen Erwerbsact. Der Interdictenschutz wurzelt in der Rechtsanschauung, daß die Besitzesstörung

vi, clam, praecario, wenn sie auch keine materielle Rechtsverletzung enthält, dennoch nicht erlaubt sein kann, indem dieselbe eine ganz unsittliche Gesinnung des Störers bekundet, gegen welche das sittliche Prinzip im Rechte reagirt.^{*)} Es fragt sich, warum die vis, clandestinitas und das precarium als besonders unsittliche Handlungen gelten. Die vis darum, weil sie die sociale Ordnung unter den Menschen direct stört, indem sie den Willen des Einzelnen an die Stelle des richterlichen Ausspruchs setzt. Die clandestinitas darum, weil der Störer schon durch die Form seiner Handlung böse Absichten verräth. Das precarium darum, weil der Besitzstörer das besondere Vertrauen, welches ihm der precario danks geschenkt, mißbraucht und somit die im Verkehr der Menschen waltende fides untergräbt. Gegen die genannten Störungen wird also der Besitz darum geschützt, weil dieselben unter besonders erschwerenden Umständen vor sich gehen.

Mit dem Fruchterwerbe verhält sich die Sache so: Beide Theile, sowohl der Eigenthümer als auch der bonae fidei possessor haben einen Anspruch auf die Früchte, und zwar der Eigenthümer auf Grund des Eigenthums an dem Grundstücke, und der Besitzer im guten Glauben auf Grund dessen, daß er seine Arbeit, seine Industrie auf die Erzeugung der Frucht verwandt, sie also, wenn auch nicht unmittelbar, so doch mittelbar erzeugt hat, ohne sich hiebei, da er über den wahren Eigenthumsstand im Irrthum war, eines dolus schuldig gemacht zu haben.^{**)} Der Eigenthümer gründet seinen Anspruch

^{*)} Die L. 1. § 28. de vi bezeichnet die Handlung des Besitzstörers ausdrücklich als eine contra bonos mores. Die L. 15. ad exhib. nennt die aequitas als Prinzip des Besitzschutzes und zwar eben so gelegentlich wie die erstere. Dies ist auch richtig, da nach dem strengen Rechte der Besitzschutz unmöglich ist. Man könnte übrigens den Grund des Besitzschutzes auch in dem bonum publicum suchen, da dasselbe die Durchführung der Gebote der Sittlichkeit fordert.

^{**)} Manche haben die sonderbare Meinung ausgesprochen, daß der bonae fidei possessor durch den Fruchterwerb für seine bona fides belohnt werde. Dies wäre eine schöne Gerechtigkeit, wenn Einer, der nur

auf das strenge, abstracte Rechtsprinzip, nach welchem das *summum jus, summa injuria* sein kann, der Besitzer dagegen auf das billige, alle besonderen Umstände berücksichtigende Rechtsprinzip. Hieraus ergiebt sich zweierlei: nämlich daß der Früchterwerb des Besitzers dem alten Rechte, welches das strenge und einseitige Rechtsprinzip überall zur Geltung bringt, unbekannt sein mußte, und daß derselbe unmittelbar eine Folge des Umstandes ist, daß der Besitzer seine *cura et cultura*, wie sich §. 35. J. de rer. divis. ausdrückt, auf die Erzeugung der Früchte verwandt hat, und nur mittelbar eine Folge des Besitzes. Man wende nicht ein: der Früchterwerb kann ebenso wenig als eine Folge des Besitzes angesehen werden, wie die Freiheit von dem Beweise. Zwischen den gedachten beiden Fällen findet nämlich ein wichtiger Unterschied statt. Die Freiheit vom Beweise ist nur zufällig an den Besitz geknüpft, dagegen ist die Anknüpfung des Früchterwerbes an den Besitz keine zufällige, sondern eine nothwendige, indem die *cultura atque cura* ohne den Besitz factisch unmöglich wäre. Savigny geht bei der Erklärung des Früchterwerbes (§. 22. a.) von dem Gesichtspunkte aus, daß die Trennung der Frucht von der Hauptsache der reellen Zerlegung derselben in Theile gleichstehe. Vor der Trennung werde die Frucht in der Hauptsache mitbegriffen, durch die Trennung werde sie zu einer besonderen Sache für sich. Da aber bei der Zerlegung des Ganzen in Theile sowohl die Apprehension als auch die *justa causa usucapionis* von dem Ganzen auf Theile übertragen werde, so entstehe an der Frucht durch bloße Separation eine neue *possessio*, welche die nämlichen Eigenschaften habe, wie der Besitz der fruchttragenden Sache.

Consequent durchgeführt ist diese Ansicht, aber es stehen ihr Quellenzeugnisse entgegen, aus welchen hervorgeht, daß der *bonae fidei possessor* an den Früchten im Momente der Separation nicht den Besitz, sondern das Eigenthum erwirbt.

die gewöhnlichen Pflichten eines rechtlichen Menschen erfüllt, dafür aus der Tasche eines andern ganz Unschuldigen belohnt werden sollte.

L. 25. §. 1. de usurp. „ — porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est.“

L. 48. de acq. r. d. „Bonae fidei emtor percipiendo fructus suos interim facit, quia quod ad fructus adtinet, loco domini paene est.“

Cf. auch die L. 4. §. 19. de usurp. und L. 28 eod.

In der That kann auch die Trennung der Frucht der reellen Zerlegung der Sache in Theile nicht gleichgestellt werden, wiewohl nicht zu leugnen ist, daß die Frucht, so lange sie mit der Hauptsache verbunden ist, einen Theil derselben bildet, da die Frucht von Natur die Bestimmung hat, von der Hauptsache getrennt zu werden. Die Trennung der Frucht ist ein naturgemäßes, ein normales, ein nothwendiges Ereigniß, während dies von der Theilung der Sache nicht behauptet werden kann. Zwischen der Trennung der Frucht und der reellen Zerlegung der Sache besteht nur eine Aehnlichkeit, aber keine Gleichartigkeit, wie Savigny behauptet.

Welche Vortheile gewährt der irreguläre Besitz?

Nur den Interdictenschutz. Die Usucapion ist bei ihm darum ausgeschlossen, weil dieselbe als ein Erwerbsact des Eigenthums den animus domini voraussetzt, der irreguläre Besitzer ihn aber nicht hat. Von dem Fruchtterwerbe kann bei dem Pfande und dem Sequester darum keine Rede sein, weil derselbe ihrer Natur widersprechen würde. Was den Precaristen und den Emphytheuta anbelangt, so erwerben beide die Früchte, aber der Fruchtterwerb ist kein Ausfluß des Besitzes.

Litteratur über den Grund des Interdictenschutzes.

Savigny geht ebenfalls von dem Gesichtspunkte aus, daß die Besitzesstörung, mag sie auch clam, vi, precario erfolgt sein, keine materielle Rechtsverletzung enthält; er leitet aber den Interdictenschutz aus der Obligation zwischen dem Störer und dem Besitzer, welche sich darauf gründet, daß der

Besitzstörer ein formelles Unrecht begehe. Die Interdicta faßt somit Savigny als Delictsklagen auf.

Manche Stellen, z. B. L. 1. §. 14. u. 15. de vi, welche von einem maleficium reden, L. 19. eod., welches eines delictum erwähnt, L. 3. eod., welche von einem facinus spricht, scheinen die Savignysche Ansicht zu unterstützen. Aber nach näherer Erwägung muß man sich, glaube ich, davon überzeugen, daß dies nicht der Fall ist. Allerdings wird im Momente einer zur Anstellung des Interdicts sich qualificirenden Störung eine unrechtlche Handlung begangen, welche die Quellen mit den obigen Ausdrücken benennen. Die Unrechtllichkeit derselben kann einen sehr verschiedenen Grad haben, sie kann auch criminalrechtliche Strafe nach der Lex Julia de vi publica et privata nach sich ziehen, sie kann aber auch einfach gegen die Sittlichkeitsgebote verstoßen.^{*)} Daran muß aber festgehalten werden, daß das Strafbare in der Handlung des Besitzstörers nicht durch Interdicta, sondern durch andere Rechtsmittel geahndet wird, daß es somit bei den Interdicten nur auf die Unsittlichkeit der Handlung des Störers ankommt. Ferner muß daran festgehalten werden, daß aus dem bei der Besitzstörung begangenen delictum keine Delictsobligation entsteht, indem dieselbe eine materielle Rechtsverletzung voraussetzt, diese aber durch die Besitzstörung nicht begangen wird. Außer den Delictsobligationen giebt es noch Obligationen quasi ex delicto. Aber auch letztere können aus einer Besitzstörung nicht entstehen, da auch sie eine materielle Rechtsverletzung voraussetzen. Aber auch das ganze Prozeßverfahren bei den Interdicten überzeugt uns, daß der Prätor sich dieselben als actiones ex delicto nicht gedacht hat, indem, wenn der Störer sich eines eine Delictsobligation erzeugenden maleficium schuldig gemacht hätte, daß weitere Prozeßverfahren sofort weiter fortgehen müßte, was weder bei den prohibitorischen, noch bei den restitutorischen Interdicten der Fall ist, bei beiden Arten vielmehr die Wiederaufnahme des Processus

^{*)} Daraus erklärt sich eben der Umstand, daß die Quellen sie auf eine verschiedene Weise bezeichnen.

von dem weiteren Betragen des Beklagten abhängt, nämlich davon, ob er dem Befehle resp. dem Verbote des Prätors gehorcht oder nicht. Noch auf folgenden Punkt ist hiebei von der processualischen Seite hinzuweisen. Bei den prohibitorischen Interdicten wird bekanntlich der Schaden erst von dem *Interdictum redditum* an gerechnet, so daß die Verpflichtung zum Schadenersatze erst im Falle einer abermaligen Besitzstörung entsteht. Wären die prohibitorischen Interdicta *Delictis* klagen, so würde ja auch die vor Erlass des Interdicts vorgenommene Störung eine Pflicht des Schadenersatzes erzeugen müssen, und auch diese nicht einfach, sondern in Verbindung mit einer pecuniären Strafe. Bei den restitutorischen Interdicten wird zwar der vor Erlass derselben verursachte Schaden, sei es durch Rückgabe der Sache, sei es durch Zahlung des Werths des Besizes, ersetzt, aber nur einfach, ohne alle und jede pönale Verschärfung, wie dies bei den *Delictisobligationen* üblich ist. Die *Restipulationssumme* nämlich, welche der Beklagte im Falle des Unterliegens zahlt, kann als Strafe für begangene Besitzstörung nicht angesehen werden, indem sie ebenso wie die *Sponsionssumme* auf Grund der eingegangenen Wette der processirenden Partheien gezahlt wird. Ueberdies steht es wenigstens bei den restitutorischen Interdicten in der Macht des Beklagten, sich von der Zahlungspflicht derselben zu befreien, da er sich vom Prätor die Führung des Processes *sine poena* erbitten kann. Dann darf auch der Umstand mit Stillschweigen nicht übergangen werden, daß die zwischen den Litiganten entstandene *obligatio* sich nicht auf die Störung resp. Entsetzung, sondern auf den Befehl resp. Verbot des Prätors gründet. Cf. das gründliche und gelehrte Werk Schmidt's: „Ueber das Interdictenverfahren der Römer. 1853.“ Hieraus folgt nämlich von selbst, daß das begangene *delictum* von gar keinem Einfluß sein kann auf die Natur der gedachten *obligatio*. In dem Abschnitt über die Interdicta werden wir darauf noch einmal zurückkommen.

Auch vom rechtsphilosophischen Gesichtspunkte aus lassen sich Bedenken gegen die Savigny'sche Ansicht erheben, da eine Handlung nur dann als eine formell unrechtmäßige erscheinen

kann, wenn man sie von dem Gesichtspunkte des öffentlichen Rechts aus beurtheilt, da es also innerhalb der Sphäre des Privatrechts nur materielle Unrechte giebt, d. h. solche, welche eine materielle Rechtsverletzung enthalten. Wenn daher Savigny ein formelles Privatrecht annimmt, so liegt darin ein Widerspruch. Der Umstand widerspricht dieser Auffassung nicht, daß *furtum* und *rapina* in dem Römischen Rechte *Delicta*, also Privatverbrechen sind, indem sich dieses daraus hinlänglich erklärt, daß das Römische Recht bei ihnen den Gesichtspunkt, daß sie eine materielle Rechtsverletzung enthalten, in den Vordergrund stellt. Uebrigens ist dies eine Eigenthümlichkeit des Römischen Rechts, und auf keinen Fall darf darin ein Haltpunkt für die Savignysche Ansicht gesucht werden.

Wir wollen nun untersuchen, ob die Besitzstörung *vi, clam, precario* als ein formelles öffentliches Unrecht gedacht werden kann. Rudorff bejaht es, indem er in derselben die Störung des öffentlichen Friedens zu finden glaubt. *Vis* könnte allenfalls als eine Störung des öffentlichen Friedens gedacht werden, aber nicht so die *clandestinitas* und das *precarium*. So ist also die Art, in welcher Rudorff das öffentliche Unrecht bei der Besitzstörung formulirt, jedenfalls zu eng. Wir wollen daher von der Rudorffschen Auffassung abstrahiren und die Sache objectiv betrachten. Geht man von einer weiteren Formulirung des öffentlichen Unrechts aus, so könnte man allenfalls auch die *clandestinitas* als ein öffentliches Unrecht gelten lassen, aber mit der Besitzstörung *precario* verhält es sich anders. Die Annahme, der Precist begehe im Momente der Weigerung, die Sache zurückzugeben, ein öffentliches Unrecht, wäre schon darum eine ungerechtfertigte, weil der Precist den Besitz lediglich durch eine negative Handlung stört, und öffentliche Unrechte nur durch positive Handlung begangen werden können. Da nun das Römische Recht die Besitzstörung *vi* und *clam* der Besitzstörung *precario* vollkommen gleichstellt, so ist daraus die Schlußfolgerung zu ziehen, daß dasselbe ebensowenig bei der *vis* und *clandestinitas* wie bei dem *precarium* an ein öffentliches Unrecht denkt. Dies wird noch durch den Umstand

bestätigt, daß *furtum* und *rapina* kein öffentliches, sondern ein privates Unrecht sind. Denn wenn bei ihnen der Gesichtspunkt, daß sie durch eine zum öffentlichen Verbrechen sich qualifizirende Handlung begangen werden, ganz in den Hintergrund tritt, so leuchtet ein, daß die Annahme eines öffentlichen Unrechts bei den Besitzstörungen ohne allen Haltpunkt ist, zumal da die *vis* nach dem alten *jus publicum* der Römer nicht so verpönt war, wie heut zu Tage, wie dies die Geschichte des Römischen Prozeßrechts beweiset, welches bekanntlich in den wichtigsten Stadien gleichsam auf der Sanction der *vis* beruhete.

Noch eins sei bemerkt. Savigny giebt im Grunde genommen mit seiner Meinung, daß die *Interdicte obligationes ex delicto* seien, *) kein Princip des Besitzeschutzes an; denn

*) Eine ähnliche Ansicht hat Schmidt in seinem schon angeführten Werke „über das Interdictenverfahren der Römer“ pag. 189 seq. aufgestellt. Er sagt folgendes: „Die Verpflichtung entsteht durch den prätorischen Befehl, nicht durch irgend eine Handlung des Verpflichteten. Sie ist daher zunächst eine *ex praetoris imperio nata obligatio*. Ob nun die so begründete Verpflichtung als eine auf einem *maleficium* ruhende müsse betrachtet werden, das hängt von den Gründen ab, aus welchen dieselbe von dem Magistrat aufgelegt wird. Nur dann, wenn eine bestimmte verwerfliche Handlungsweise die Grundlage des Befehls bildet und der Befehl gegen Denjenigen selber gerichtet ist, welcher diese Handlung sich zu Schulden kommen ließ, nur in diesem Falle kann eine *obligatio ex delicto* mit ihrer Folge, der Strafe, entstehen, sonst nicht. Also: eine *obligatio ex delicto* im wahren Sinne giebt es nur für den Deliquenten selber.“ Mir scheint, als ob die Behauptung, diejenigen *Interdicte* seien *Delictsklagen*, bei deren Anstellung dem Beklagten ein *maleficium* vorgeworfen werden könne, nicht im Einflange wäre mit der Behauptung Schmidt's, daß die *Obligatio* zwischen den Litiganten erst im Momente des prätorischen Befehls resp. Verbots entstehe. Eine von den beiden Behauptungen muß nothwendigerweise eine unrichtige sein, und ich glaube, es ist dies die letztere. Ich kann mich nämlich nicht überzeugen, daß die vor Entstehung der *obligatio* vorgefallenen Ereignisse auf die Natur derselben von Einfluß sein könnten. Es müssen hier zwei Dinge von einander streng geschieden werden, nämlich der Grund der *obligatio* und die Voraussetzung derselben. Ihr Grund ist

es läßt sich immer noch fragen, auf welchen Rechtsgrund sich die Entstehung der obligatio ex delicto im Momente der Besitzesstörung gründet. Erst in der sechsten Ausgabe hat Savigny diese Lücke auszufüllen sich bestrebt. Auf pag. 41 bemerkt Savigny Folgendes: Im Falle der Besitzesstörung oder Entziehung werde ein selbstständiges Recht neben der Person nicht verletzt, aber im Zustande derselben sei doch etwas zu ihrem Nachtheile verändert worden „und soll das Unrecht, welches in der Gewalt gegen die Person liegt, in seinen Folgen gänzlich ausgetilgt werden, so kann dieses nur geschehen durch die Herstellung oder Beschützung jenes factischen Zustandes, worauf sich die Gewalt erstreckt hat. Dies ist der wahre Grund der possessorischen Klagen.“ Auf pag. 43 macht Savigny darauf aufmerksam, daß der Besitzer die Möglichkeit des Eigenthums habe und daß diese Möglichkeit ihm sehr bedeutende „theils processualische, theils factische Vortheile giebt, die ihm erhalten oder wiedergegeben werden müssen, wenn die Folgen der Gewalt ausgetilgt sein sollen.“ Dann fügt Savigny, nachdem er die gedachten Vortheile näher aufgezählt, folgende Bemerkung hinzu: „Alle diese Vortheile sind es, deren Gesamtheit als Interesse der verübten Gewalt in Betracht kömmt und wodurch der Besitz selbst fähig wird, ähnliche Wirkungen wie ein Recht hervorzubringen, obgleich er in Wahrheit kein Recht ist.“

Savigny giebt also zwei Gründe des Besitzeschutzes an. Der erste besteht darin, daß die Besitzesstörung eine Verletzung der Person des Besitzers mitenthält. Dies ist ganz die Meinung Puchta's, wie wir weiter unten sehen werden.^{*)} Zum Behuf des Beweises, daß durch die Besitzesstörung auch die Per-

der prätorische Befehl, ihre Voraussetzung ist die Störung resp. Entziehung. Da nun die Natur der obligatio sich lediglich nach dem Entstehungsgrunde richtet, so ist auch dadurch bewiesen: daß die Interdictsobligationen keine delictsartige Natur haben.

^{*)} Aus dem, was Savigny auf pag. 40 bemerkt, geht hervor, daß er mit Puchta auch im Falle einer Rechtsverletzung eine Verletzung der Person annimmt.

son mitverletzt werde, hebt Savigny das Unrechtliche, welches in der Gewalt liegt, hervor, gerade so, als wäre die gewaltsame Besitzesstörung die einzig mögliche. Der zweite Grund ist ein bloßer Zweckmäßigkeitsgrund, indem er darin besteht, daß der Besitzer die Möglichkeit des Eigenthumserwerbes hat, welche ihm neben vielen anderen theils processualischen, theils factischen Vortheilen entzogen wird.

Bruno (§. 58.) sagt Folgendes: „Der Besitz bietet in seinen beiden Bestandtheilen: dem Willen und dem physischen Gewaltverhältnisse, einen doppelten Ausgangspunkt dar. Indessen zeigt sich bald, daß der letztere Standpunkt zu keinem befriedigenden Resultate führt. Das physische Gewaltverhältniß in seiner Getrenntheit vom Rechte ist ein einfacher factischer Zustand, der als solcher auch nicht den geringsten Grund zu einem rechtlichen Schutze in sich trägt. Er ist kein Recht, entsteht ohne alle Rücksicht auf ein Recht und kann darum auch ohne Verletzung eines Rechts genommen werden. Somit wird man von selbst dazu gedrängt, in dem anderen Bestandtheile des Besitzes, dem Willen, den Grund des Besitzeschutzes zu suchen. Der Wille ist vermöge seiner Geistigkeit und Freiheit überhaupt die Grundlage und der Ausgang alles Rechts, somit ist also hier jedenfalls ein Boden, in welchem auch für das Besitzrecht ein Keim wenigstens möglich ist und daher auch allein gesucht werden darf. Das Princip des Besitzeschutzes kann nicht das sein, daß der im Besitze ausgesprochene Wille ein Recht begründe, welches einfach neben den übrigen Rechten steht, sondern vielmehr nur das, daß der im Besitze realisirte Wille, obgleich er kein Recht begründet, sondern nur rein factisch, vielleicht im grellsten Widerspruch mit allem Rechte, da ist, dennoch der allgemeinen Natur des Willens zu Folge geschützt werden müsse.“^{*)}

*) Bruno entwickelt seine Ansicht in dem rechtsphilosophischen Theile seiner Schrift, er hat also hierbei das positive Römische Recht nicht im Auge, aber ich glaube doch, seine Ansicht an diesem Orte prüfen zu dürfen.

Wenn Bruns die Behauptung aufstellt, daß der Wille eines einzelnen Individuums kraft seiner Geistigkeit auch dann auf rechtlichen Schutz und Anerkennung Anspruch hat, wenn er „im grellsten Widerspruch mit allem Rechte da ist,“ so stellt er den Willen der Person als ein ebenbürtiges Glied neben das Recht hin. Bruns steht somit mit seiner dualistischen Auffassung auf dem nämlichen Standpunkte, wie Gans, nur ist er nicht so consequent, wie letzterer. Es liegt nämlich offenbar darin ein Mangel an Consequenz, wenn Bruns, ungeachtet er dem Willen eines einzelnen Individuums eine solche Macht vindicirt, dennoch andererseits den Besitz nur als ein factisches Verhältniß gelten läßt. Bruns behauptet überhaupt das Logisch Unmögliche, wenn er glaubt, daß der Wille auch dann, wenn er mit den Gesetzen nicht harmonirt, einen Anspruch auf rechtlichen Schutz hat, indem es evident ist, daß das Recht nur diejenigen Verhältnisse schützen kann, welche gegen seinen Willen nicht entstanden sind. Wäre es anders, so würde das Recht kein reeller Begriff sein, sondern ein leeres Wort. Das Resultat ist also dieses: daß der Wille der Person nur dann auf rechtlichen Schutz rechnen kann, wenn er sich zu legitimiren im Stande ist, daß er in keinem Widerspruche stehet zu dem bestehenden Rechte. Auch innerhalb der Besitzeslehre giebt es davon keine Ausnahme, da der Besitz ein durch Gesetze anerkanntes Verhältniß ist. Worauf beruht nun seine Anerkennung? Einzig und allein darauf, daß das thatsächlich Existirende nicht in Abrede gestellt werden kann, also auf Anerkennung der Macht des Thatsächlichen. Freilich ist dieser Gedanke in dem Römischen Rechte nicht so durchgehends durchgeführt, wie in den neueren Gesetzbüchern, indem der Rechtsbesitz in demselben nur eine sehr precäre Stellung hat, aber es läßt sich dennoch nicht in Zweifel ziehen, daß der Besitz ohne seine Anerkennung gar nicht hätte entstehen können.

Der Bruns'schen Auffassung stellt sich in Bezug auf das Römische Recht das Bedenken entgegen, daß dasselbe dem Beklagten gestattet, von der *exceptio vitiosae possessionis* Gebrauch zu machen, indem die genannte Exception uns noth-

wendig zu der Annahme führt, daß der Besitzeschutz nicht in dem Willen des Besitzers, sondern in etwas ganz Anderem seinen Grund hat.^{*)} Dann läßt sich auch der Umstand mit der Bruns'schen Ansicht nicht in Einklang bringen, daß der Besitz nur gegen solche Störungen geschützt wird, welche unter besonders erschwerenden Umständen vor sich gegangen sind. Läge das Princip des Besitzeschutzes im Römischen Rechte darin, „daß der im Besitze realisirte Wille, obgleich er kein Recht begründet, sondern nur rein factisch, vielleicht im grellsten Widerspruche mit allem Rechte da ist, dennoch der allgemeinen Natur des Willens zu Folge geschützt werden müsse,“ so würden dem Besitzer im Falle einer jeden Störung schützende Rechtsmittel zu Gebote stehen müssen, indem eine jede Störung unabhängig von der Form, in der sie auftritt, einen Eingriff in seinen Willen enthält.

Eintheilung des Besitzes.

1) *Possessio bonae et malae fidei.*

Da der irreguläre Besitz auf einzelne in den Gesetzen ausdrücklich genannte Fälle beschränkt ist, und somit an bestimmte objective Facta geknüpft wird, so leuchtet ein, daß die obige Einteilung auf denselben keine Anwendung findet, da bei der-

^{*)} Dies erkennt Bruns selbst an, wenn er sagt auf pag. 499 u. folg.: „Zweifelhafter ist die Einrede der Besitzfehler. Die einfache Rechts-Consequenz muß sie offenbar verwerfen; denn diese verlangt, daß der Besitz schlechthin als solcher, als realisirter Wille einer Person nicht eigenmächtig behandelt werde, ohne alle Rücksicht auf seine Rechtmäßigkeit; auch kann sie den Grundsatz nicht anerkennen, daß man, abgesehen von Nothwehr, durch das Unrecht Anderer auch seinerseits zum Unrechte gegen sie berechtigt wird. Eine solche Ermächtigung liegt aber geradezu in der Zulassung der Einrede.“ Weiter bemerkt Bruns, daß die Einrede des fehlerhaften Besitzes nicht einmal durch das practische Bedürfnis gefordert werde, und lobt die Consequenz des Oesterreichischen Gesetzbuches, welches sie verwirft. Auch dem, daß die gedachte Einrede von dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte aus zu verwerfen sei, kann ich nicht beipflichten und zwar aus dem Grunde, weil es in der Natur der Sache selbst liegt, daß nur derjenige die Sittlichkeitsgebote zu seinen Gunsten wenden kann, wer gegen sie selbst nicht gehandelt hat.

selben lediglich die individuelle Meinung des Besitzers entscheidend ist. Beim irregulären Besitze würde sie auch überdies keine practische Wichtigkeit haben, indem derselbe weder zur Usucapion, noch zum Fruchterwerbe führt, sondern nur den Interdictenschutz gewährt, welcher letztere eben so gut dem *malae fidei possessor*, wie dem *bonae fidei* zukömmt. Also nur auf den regulären Besitz bezieht sich die gedachte Eintheilung. Im guten Glauben besitzt Jeder, welcher Eigenthümer der Sache zu sein glaubt, gleichviel, ob dessen individuelle Meinung durch seine sonstigen Verhältnisse gerechtfertigt wird, oder nicht. Im bösen Glauben besitzt, wer es entweder weiß, daß die Sache einem Anderem angehört, oder wer seine eigene Sache irrigerweise als eine fremde besitzt. Die genannte Eintheilung ist wichtig bei dem Fruchterwerbe, bei der Zurückgabe der Früchte, bei der Specification und bei der Usucapion; bei der letzteren indessen in Verbindung mit der *justa causa*. Uebrigens findet dieselbe auch bei der Detention Anwendung. So detinirt *bona fide* der Beklagte bei der Vindication und bei der *actio hypothecaria*, wenn er seine Detention, aus welchem Grunde es auch sei, für rechtmäßig hält.

2. *Possessio justa et in justa* (titulirter und nichttitulirter Besitz).

Auch die vorliegende Eintheilung bezieht sich nur auf den regulären Besitz. Der irreguläre Besitz ist immer ein *justus*, da dessen Erwerb ohne *justa causa* unzulässig ist, indem er sich, als ein accessorisches Verhältniß, an das entsprechende Recht knüpft. M. a. W.: dieselbe findet auf den irregulären Besitz darum keine Anwendung, weil die Hervorhebung der *justa causa* überhaupt nur dann nöthig ist, wenn ein Verhältniß ohne dieselbe entstehen kann, was bei dem irregulären Besitz eben nicht der Fall ist.

Schon oben ist darauf hingewiesen worden, daß der Besitz, als ein *Factum*, durch bloße *Facta* erworben wird, m. a. W.: daß dessen Entstehung von einem Rechtstitel nicht begleitet wird. Wenn daher die Quellen von einer *justa causa possessionis* reden, so können sie damit den wirklichen Rechtstitel nicht mei-

nen, indem, wenn dieser vorhanden ist, kein regulärer Besitz, sondern das Eigenthum entsteht. Da der titulirte Besitz nur in der Usucapionslehre einen reellen Sinn hat,^{*)} so ist derselbe auch mit Bezugnahme auf dieselbe zu definiren, also als ein Besitz, dessen Erwerb sich auf solche Facta gründet, aus denen das Eigenthum entstanden wäre, wenn dessen Erwerb bestimmte Hindernisse nicht gehemmt hätten, von denen der Besitzer, da der titulirte Besitz ohne bona fides nicht existirt, im Momente des Besitzeserwerbes keine Kenntniß hatte. Das Verhältniß des titulirten Besitzes zu dem Besitze im guten Glauben ist Folgendes: Der Besitz im guten Glauben beruht auf individueller Meinung des Besitzers; der titulirte Besitz dagegen auf objectiven Thatfachen. Daraus folgt, daß Jemand die Sache juste besitzen kann, obwohl er sie injuste zu besitzen glaubt.

3. *Possessio vitiosa und non vitiosa.*

Das Römische Recht nimmt drei vitia possessionis an, nämlich: vis, clandestinitas, precarium, und betrachtet somit jeden vi, clam, precario erworbenen Besitz als einen vitiösen. Der fehlerhafte Besitz wird auch *possessio injusta* genannt, und der nicht fehlerhafte *possessio justa*. Wie verhält es sich nun mit dieser Benennung? Da der Besitz ein factisches Verhältniß ist, so sind auf ihn die Begriffe: berechtigt, unberechtigt, rechtlich, unrechtlich, nicht anwendbar. Da es indessen mehrere Arten des Besitzes giebt, indem der eine zur Usucapion führt, der andere nicht, der eine durch Interdicte geschützt wird, der andere nicht, so wird damit die Idee von einer relativen Berechtigung von außen her in die Besitzeslehre hinübergetragen. Und eben diese relative Berechtigung drückt der Ausdruck *justa possessio* aus. Da nun dieselbe in einer doppelten Hinsicht sich äußert, nämlich sowohl mit Rücksicht auf die Usucapion, als auch mit Rücksicht auf den Interdictenschutz, so hat auch

^{*)} Bei der *actio Publiciana* kommt der titulirte Besitz ebenfalls zur Sprache, ich hebe aber diesen Umstand darum nicht besonders hervor, weil die genannte Klage auf einer Fiktion der Verjährung beruht.

der Ausdruck *justa possessio* eine doppelte Bedeutung, indem er bald den titulirten, bald den nicht fehlerhaften Besitz bezeichnet. Eine practische Bedeutung hat die gedachte Eintheilung nur beim Interdictenschutz, indem ein vitioser Besitzer keinen Anspruch auf denselben hat.

4. *Possessio ad interdicta und ad usucapionem.*

Der Sinn dieser Eintheilung ist von selbst ersichtlich. Die *possessio ad usucapionem* faßt die *possessio ad interdicta* in sich auf. Die genannte Eintheilung findet Statt nur in Hinblick auf den regulären Besitz, indem es feststeht, daß der irreguläre Besitzer nur *ad interdicta* besitzen kann.

5. *Possessio civilis und naturalis.*

Nach Savigny (§. 7.) hat *possessio naturalis* eine doppelte Bedeutung: im Gegensatz von *possessio civilis* bedeutet sie den Interdictenbesitz, im Gegensatz von *possessio* die Detention; *possessio civilis* faßt Savigny als Usucapionsbesitz auf. Wörtlich sagt Savigny: „Ursprünglich bedeutet *possessio* das Verhältniß der bloßen Detention, also ein nicht juristisches, natürliches Verhältniß: daß es ein bloß natürliches Verhältniß ist, was durch sie bezeichnet wird, braucht durch keinen Zusatz ausgedrückt zu werden, so lange kein anderer Begriff da ist, dessen Gegensatz diesen Zusatz nöthig macht. Diese Detention aber wird unter gewissen Bedingungen ein Rechtsverhältniß, indem sie durch Usucapion zum Eigenthume führt: dann heißt sie *civilis possessio*, und nun ist es nöthig, alle übrige Detention auch durch die Sprache von ihr zu unterscheiden. Man nennt sie *naturalis possessio*, d. h. die Art der *possessio* überhaupt, welche nicht so wie die *civilis* ein juristisches Verhältniß geworden ist. Die Detention wird aber noch auf eine andere Art ein Rechtsverhältniß, indem sie die Interdicta begründet: so heißt sie *possessio* schlechthin, und das ist die Bedeutung dieses Wortes, wo es ohne Zusatz und doch technisch gebraucht wird. Alle übrige Detention im Gegensatz des Interdictenbesitzes heißt wieder *naturalis possessio*, d. h. das natür-

liche Verhältniß im Gegensatz jenes juristischen, ganz auf dieselbe Weise, wie dieser Gegensatz bei der *civilis possessio* durch sie bezeichnet wurde.“

Zur näheren Begründung der Ansicht, daß *possessio civilis* den Usucapionsbesitz bezeichnet, führt Savigny Folgendes an: „*Civilis* überhaupt hat vorzüglich zwei technische Bedeutungen. Zuerst bezeichnet es das ganze Privatrecht und wird so dem Criminalrechte entgegengesetzt, davon kann hier in den Grenzen des Privatrechtes selbst nicht die Rede sein. Zweitens bedeutet es im Privatrechte Alles das, was weder aus dem *jus gentium*, noch auch aus dem prätorischen Rechte, sondern aus einer *Lex*, *Senatus consultum*, oder als Gewohnheitsrecht entstanden ist. Von dieser zweiten Bedeutung kommen noch mancherlei Modificationen vor, aber so allgemein, wie sie hier bestimmt worden ist, wird sie bei weitem am häufigsten von den Römischen Juristen gebraucht. So, um nur an einige Anwendungen zu erinnern, heißt die *agnatio* allein *civilis cognatio*, obwohl jede andere *Cognation* in dem *jus gentium*, sowohl, als auch in dem prätorischen Rechte wichtige Wirkungen hat, also gewiß auch ein juristisches Verhältniß ist: ebenso verhält es sich mit der *civilis actio*, *civilis obligatio* u. s. w. Wenden wir diese Bedeutung des Wortes auf die *civilis possessio* an, so muß derjenige Besitz darunter verstanden werden, welchen das *jus civile* anerkennt, d. h. von dessen Dasein abhängt, ob eine Regel des *jus civile* angewendet werden soll, oder nicht. Nun giebt es im ganzen *jus civile* nur ein Recht, dessen Anwendung den Besitz voraussetzt, nämlich die *Usucapion*; folglich heißt *civiliter possidere* so viel als *ad usucapionem possidere*.“

In Betreff der Eintheilung in *possessio civilis* und *naturalis* ist somit Savigny der Meinung, daß dieselbe mit Rücksicht darauf entstanden sei, ob an das factische Verhältniß Rechtsfolgen nach dem *jus civile sensu str.* geknüpft werden oder nicht.

Was die Eintheilung in *possessio* und *possessio naturalis* anbelangt, so glaubt Savigny, daß dieselbe mit

Rücksicht auf die Natur der beiden factischen Verhältnisse entstanden sei.⁹⁾

Der Ausdruck *possessio naturalis* hat nach Savigny in beiden Eintheilungen eine rein negative Bedeutung, was Savigny ausdrücklich mit folgenden Worten hervorhebt: „Beide (nämlich Bedeutungen der *possessio nat.*) kommen darin mit einander überein, daß es bloß negative Begriffe sind, d. h. daß in ihnen nichts juristisches gesetzt, sondern nur etwas juristisches negirt wird: sie unterscheidet sich bloß durch den Umfang dieser Negation.“

Daraus, was Savigny in dem ersten Citat sagt, ergibt sich, daß der Interdictenbesitz nach ihm zu gleicher Zeit beides sei, ein „natürliches, nicht juristisches und ein juristisches Verhältniß.“ Ich denke, derselbe ist nie ein Rechtsverhältniß, aber immer ein juridisches Verhältniß,¹⁰⁾ indem er jedenfalls ein juridischer Begriff ist und somit in die Rechtssphäre fällt.

Die Annahme, *possessio naturalis* bezeichne außer der Detention auch noch den Interdictenbesitz, scheint mir unwahrscheinlich, indem das Römische Recht den letzteren schon mit dem Namen *possessio ad interdicta* bezeichnet, indem also hierbei kein practisches Bedürfnis zur Bildung eines zweiten Terminus vorliegt, die Römischen Juristen aber das practische Bedürfnis im Auge zu haben, stets gewohnt waren. Um so mehr muß dieselbe unwahrscheinlich erscheinen, wenn man bedenkt, daß die Bezeichnung des Interdictenbesitzes mit dem Namen *possessio naturalis* zu Verwirrungen und Verwechslungen Anlaß geben würde, und der eigentliche Sinn der *possessio naturalis* nur

⁹⁾ „Seinem ursprünglichen Begriffe nach,“ meint Savigny, „ist nämlich aller Besitz ein natürliches Verhältniß und es ist eben deshalb nicht nöthig, ihn durch ein Prädicat als solches zu bezeichnen. Sobald er aber unter gewissen Bedingungen als Recht gilt, wird diesen juristischen Besitz der nicht juristische entgegen gesetzt, in welchem sich diese Bedingungen nicht finden.“

¹⁰⁾ Den Ausdruck „juridisches Verhältniß“ nehme ich nicht als gleichbedeutend mit dem Ausdrucke „rechtliches Verhältniß.“ Diese Unterscheidung ist gewiß keine Spitzfindigkeit.

aus dem näheren Zusammenhange ermittelt werden müßte. Ueberdies könnte *possessio naturalis* nur unter der einzigen Bedingung die doppelte Savignysche Bedeutung haben, wenn der genannte Ausdruck einen doppelten Begriff auszudrücken fähig wäre, nämlich im Gegensatze von *possessio* den Begriff des außerhalb der Rechtssphäre Liegenden, des für das Recht Gleichgültigen, und im Gegensatze von *possessio civilis* den Begriff des Wirkungslosen im *jus civile sensu str.* Den ersteren Begriff kann nun das Wort *naturalis* entschieden nicht ausdrücken, da nur eine einzige Art der Detention außerhalb der Rechtssphäre liegt, nämlich diejenige, welche kein Moment des Besitzes, sondern ein selbstständiges Verhältniß für sich ist, dasselbe aber jede Detention bezeichnen soll. Man wende, um die Savignysche Ansicht zu vertheidigen, nicht ein: so verhalte es sich nicht, *possessio naturalis* drücke im Gegensatze von *possessio* keinen positiven Begriff aus, der genannte Ausdruck sei vielmehr ein bloß logischer Gegensatz von *possessio* und drücke so einen rein negativen Begriff aus. Denn dieser Einwand würde nur dann statthaft sein, wenn *possessio naturalis* als Gegensatz von *possessio civilis sensu latiori* und nicht als Gegensatz von *possessio* gesetzt würde, indem es ja keinem Zweifel unterliegen kann, daß das Wort *naturalis*, soll es einen bloßen logischen Gegensatz ausdrücken, das Wort *civilis* sprachlich voraussetzt.

Puchta (*De civili possessione disputatio*) adoptirt die Ansicht Savigny's, aber nicht dessen Argumente in Betreff der *possessio naturalis*. Nach Puchta ist *possessio naturalis* im Gegensatze von *possessio civilis* kein negativer, sondern ein positiver Begriff. Der Interdictenbesitz werde darum, meint Puchta, *possessio naturalis* genannt, weil die Interdicte dem *jus gentium* angehören, dessen Prinzip technisch *ratio naturalis* heiße.

Ich kann mich aber von der Wahrheit dieser Behauptung nicht überzeugen. Meiner Meinung nach wurzeln die Interdicte nicht im *jus gentium*, welches sich dem Umfange nach von dem *jus civile* gar nicht unterscheidet und gleich diesem

den Rechtsschutz nur den rechtlichen Verhältnissen verleiht, sondern in dem Sittlichkeitsrechte. Der Besitzer wird, nicht um des Besitzes willen in seinem Besitze geschützt, sondern darum, weil die Handlungsweise seines Gegners, der seinen Besitz unter besonders erschwerenden Umständen (*vi, clam, precario*) gestört hat, von einer unfriedlichen, unsocialen Gesinnung zeugt, welche mit der sittlichen Ordnung unter den Menschen unträglich ist. Daraus erklärt sich auch hinlänglich, warum die *Interdicte* erst einer späteren Zeit ihre Entstehung verdanken, während die *Usucapion* schon dem *Zwölftafelgesetze* bekannt war, wiewohl dieselbe in ihren Folgen die Vortheile des *Interdicten*-schutzes weit überragt. Der *Besitzesschutz* setzt nämlich schon eine höhere Culturstufe voraus; rohe oder halbgebildete Völker haben nicht die Geistesfähigkeit, sich zu einer solchen Auffassung zu erheben. Aber zugegeben auch, daß die *Interdicte* in dem *jus gentium* wurzeln, so würden sie auch dann zu der Klasse der Klagen des *jus gentium* nicht gehören können und zwar aus dem einfachen Grunde, weil solche Klagen überhaupt nicht existiren. Alle Klagen sind nämlich *juris civilis* im weiteren Sinne und sie theilen sich in *civile* im engeren Sinne und in *prätorische* ein, je nachdem sie aus dem *jus civile* oder aus dem *jus honorarium* hervorgehen, welches letztere bekanntlich die Rechtsnormen des *jus gentium* ins Römische Recht aufgenommen, dessen Gesichtskreis dadurch erweitert und ihm so den Character eines Weltrechts verliehen hat. Es fragt sich, aus welchem Grunde die Quellen der Klagen des *jus gentium* keiner Erwähnung thun? Zufällig kann dies nicht sein, da schon der Umstand darauf hinweisen mußte, daß die Rechtsverhältnisse sich in *juris civilis* und *juris gentium* eintheilen. Der Grund liegt darin, daß die Klagen dem *Proceß*-rechte angehören, welches einen Theil des *jus civile* bildet, da es mit der Organisation des Römischen Staates in einer inneren Verbindung steht und durch Römische Behörden gehandhabt wird.

Bangerow (Pandect. §. 199.) geht bei der Erklärung der genannten Einteilung von dem nämlichen Gesichtspunkte

aus, wie Savigny, aber er gelangt zu einem anderen Resultate, indem er das Wort *civilis* in einer umfassenderen Bedeutung nimmt und so dasselbe nicht dem prätorischen Rechte, wie Savigny, sondern dem *jus gentium* entgegenstellt. — Vangerow versteht nämlich unter *possessio civilis* einen solchen Besitz, der im *jus civile* Wirkungen hervorbringt, einerlei, ob dieselben sich auf das *jus civile sensu stricto* oder auf das prätorische Recht stützen. Da nun der Besitz im Gegensatz zu der Detention die genannten Wirkungen erzeugt, so würde aus der Vangerowschen Voraussetzung folgen, daß *possessio civilis* den Besitz und *possessio naturalis* die Detention bezeichnet. Da aber Vangerow glaubt, daß die Quellen nur den regulären Besitzer *possessor civilis* benennen und somit dieser Auffassung entgegen stehen, so sucht er die logischen Resultate seiner eigenen Prämisse aus dem Wege zu räumen und zwar durch den Einwand: die genannte Terminologie habe sich noch vor der Entstehung des irregulären Besitzes fixirt, so daß deren Aenderung der Römischen Sitte widerstreben mußte und zwar um so mehr, als dieselbe um so weniger nöthig gewesen wäre, „als in jenen Fällen (nämlich des abgeleiteten Besitzes) die Interdicte nicht als aus eigenem Rechte des Besitzers hervorgehend, sondern als aus dem Rechte des Eigenthums-Besitzers abgeleitet erscheinen.“

Dieser Einwand scheint mir unpassend, denn wenn im Römischen Rechte, wie es Vangerow annimmt, die Hervorbringung der civilen Wirkungen als das eigentliche Merkmal der *possessio civilis* gegolten hat, so konnte der Umstand, daß der irreguläre Besitzer keinen *animus dominii* hat, die Bezeichnung desselben mit dem Namen eines *possessor civilis* unmöglich verhindern, indem sein Besitz ebenso gut rechtliche Wirkungen im *jus civile* erzeugt, wie der Besitz eines Besitzers *cum animo dominii*. Man sage nicht, die Sache lasse sich so denken, die Römischen Juristen hätten damals, als der irreguläre Besitz entstanden, daran nicht mehr gedacht, daß ursprünglich die Erzeugung der civilen Wirkungen das einzige Merkmal einer *possessio civilis* gewesen war, sie hätten vielmehr damals den

animus domini als das wesentliche Moment einer *possessio civilis* angesehen. Auf einen solchen Einwand ließe sich nämlich mit allem Recht antworten: wer gab uns, den Schülern der Römischen Juristen, das Privilegium, unsere Meister eines schlechten Gedächtnisses und einer völlig unwissenschaftlichen Behandlungsweise zu beschuldigen, und alles das, um unsere einmal vorgefaßte Meinung zu retten.*)

*) Ich kann mir nicht versagen, bei dieser Gelegenheit noch auf einen Punkt der Wangerowschen Entwicklung aufmerksam zu machen. In L. 1. §. 10. de vi et de vi armata, auf die wir später noch zurückkommen werden, wird der Ehefrau der Interdictenschutz für den Fall ausdrücklich zuerkannt, wenn dieselbe aus dem Besitze der ihr vom Ehegatten geschenkten Sache deicirt wird. Nach der Ansicht Wangerows müßte also die Ehefrau eine *possessio civilis* haben, da ihr Besitz durch Interdicte geschützt wird, welche, indem sie dem prätorischen Edicte ihre Entstehung verdanken, dem *jus civile* im weiteren Sinne angehören. Da aber Wangerow gleichzeitig glaubt, daß L. 26. de donat. inter vir. et ux., auf die wir ebenfalls unten zurückkommen werden, der Ehefrau den Besitz an den genannten Sachen abspricht, so hat ihn dies mit logischer Nothwendigkeit zu einer doppelten Annahme geführt, nämlich daß zu dem Besitzeserwerbe außer dem animus domini und der Fähigkeit des Objects noch ein civilrechtlich wirksames Rechtsgeschäft erforderlich sei und dann daß der Ehefrau, welche in Gemäßheit der ersten Annahme lediglich detinirt, das Interd. unde vi aus ganz speciellen Gründen ertheilt werde. Wörtlich sagt Wangerow: „Weil aber bei dieser und ähnlichen Arten der naturalis poss. die Eigenthümlichkeit eintritt, daß der Detentor nicht im fremden Namen besitzt, und auch kein Dritter den Eigenthumsbesitz an der geschenkten Sache hat, so ist es sehr natürlich, daß hier dem Detentor das Recht, Interdicte anzustellen, eingeräumt wird, indem ja sonst in einem solchen Falle Niemand der Klagberechtigte sein würde; und insofern läßt sich behaupten, daß auch naturalis poss. zu dem Interd. unde vi hinführen könne, aber auch nur insofern, indem in anderen Fällen, wenn Jemand wirklich nomine alieno besitzt, der Detentor, z. B. der Pächter, jenes Rechtsmittel nicht gebrauchen kann.“ — Die Richtigkeit der Behauptung, der Besitz entstehe nur dann, wenn er aus einem civilrechtlich gültigen Rechtsgeschäfte erworben werde, scheint mir fraglich. Das Römische Recht verbietet allerdings Schenkungen unter den Ehegatten, indem es dafür den Grund anlegt: ne mutuo amore invicem spoliarentur (L. 1. de donat. inter vir.); allerdings gehört dieses Verbot dem *jus civile* an, aber dasselbe bringt keine andere

Meiner Ueberzeugung nach hat *possessio naturalis* nur eine einzige Bedeutung, sie bezeichnet weiter nichts, als die Detention; *possessio civilis* bezeichnet dagegen den Besitz.

In welchem Verhältnisse stehen die Ausdrücke *possessio*

folgt hervor, als die, daß die Ehegatten an den einander geschenkten Sachen kein Eigenthum erwerben, weder im Momente der Tradition, noch später durch die Befizung, indem sie dieselben *pro possessore*, also ohne *justa causa* besizen. Auf den Besitz kann dieses Verbot gar keinen Einfluß haben, weil zum Besitzeserwerbe, da derselbe ein *factum* ist, kein Erwerbstitel gefordert wird. Hieraus folgt nämlich von selbst, daß hiebei die Rücksicht, ob ein Rechtsgeschäft civilrechtlich wirksam ist oder nicht, von keinem Belang sein konnte. Sehr schön sagt auch L. 1. §. 4. de poss.: *res facti jure civili infirmari non potest*. Ueberdies giebt es auch Quellenzeugnisse genug, aus denen hervorgeht, daß Ehegatten die einander geschenkten Sachen wirklich besizen: L. 16. de poss. — L. 1. §. 4. eod. — L. 1. §. 2. in fine pro donato. — L. 57. d. a. rer. d. Freilich besizen wir außerdem eine L., aus der hervorgeht, daß einige unter den Römischen Juristen gerade so wie Vangerow den Besitz an den in der Ehe geschenkten Sachen wegen des vorerwähnten Verbots des *jus civile* in Frage gestellt haben. Es ist dies die L. 1. §. 4. de poss., welche neben der richtigen Ansicht auch eine Andeutung der irrigen Ansicht enthält. — Was die andere Behauptung Vangerow's anbelangt, das Interd. de vi sei der Frau darum ertheilt worden, weil ja sonst Niemand der Klageberechtigte sein würde, so kann ich mich von der Richtigkeit derselben nicht überzeugen, ich denke mir vielmehr, daß daraus, daß der Eine kein Interdict hat, die Nothwendigkeit noch nicht folgt, daß ein Anderer dasselbe haben muß. Die L. 46. de donat. inter vir. („Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est“) steht unserer Behauptung nicht entgegen. Um sie richtig zu verstehen, muß an der factischen Natur des Besitzes festgehalten werden. Die Sache ist die: Schenkt ein Ehegatte dem anderen den Besitz einer Sache, so ist dies keine rechtsgültige Schenkung, kommt zu der Schenkung die Tradition des Besitzes hinzu, so hört dadurch der tradirende Ehegatte auf, Besitzer der Sache zu sein, da er weder das *corpus* noch den *animus* hat, dagegen wird der andere Ehegatte zum Besitzer der Sache, da er vom Momente der Tradition an, sowohl das *corpus* als auch den *animus* hat. Man braucht also der gedachten L. nicht gerade den Sinn zu unterlegen, als ob in ihr davon die Rede wäre, daß die Ehegatten die einander geschenkten Sachen *pro donato* nicht besizen. Der Umstand, daß die Ehegatten die gedachten Sachen *pro donato* nicht besizen, ist nur eine weitere Folge des Umstandes, daß *nec possessionis nulla donatio est*.

naturalis und *possessio civilis* zu einander? — Sollen sie etwa den Gegensatz ausdrücken zwischen der Detention und dem Besitze? Ich glaube es nicht; denn alsdann würde die *possessio naturalis* nur diejenige Art von Detention bezeichnen können, welche kein juridischer Begriff ist. So ist also anzunehmen, daß die Benennungen *possessio civilis* und *possessio naturalis* nur mit Rücksicht darauf entstanden sind, ob das betreffende factische Verhältniß rechtliche Wirkungen im *jus civile sensu latiori* erzeugt oder nicht. Von diesem Gesichtspunkte aus ist die Bezeichnung des Besizes als einer *possessio civilis* ganz passend. Die Bezeichnung der Detention mit dem Ausdruck *possessio naturalis* findet nur darum statt, weil die Ausdrücke *civilis* und *naturalis* gewöhnlich zwei einander entsprechende und einander ergänzende Begriffe ausdrücken und es außer der Detention und dem Besitze keine dritte Art der factischen Verhältnisse giebt.

Unsere Ansicht hat somit denselben Ausgangspunkt, wie die Ansicht Savigny's. Wir unterscheiden uns somit von Rierulff, welcher die obigen Benennungen auf den Begriff der Detention und des Besizes bezieht. Wir unterscheiden uns aber auch von Savigny und zwar in zweierlei:

- a) daß wir dem Worte *naturalis* nur eine einzige Bedeutung beilegen,
- b) daß wir das Wort *possessio civilis* auf den gewöhnlichen, den nicht qualificirten, also den Interdictenbesitz beziehen.

Wir wenden uns nun zu den Gesetzesstellen L. 3. §. 15. ad exhib. „Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique*) creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.“

*) Das Wort *denique* wird auf verschiedene Weise aufgefaßt; Thibaut (Archiv f. civ. Praxis XVIII. 338.) glaubt, daß dasselbe den Uebergang zu dem nächstfolgenden Satze bildet und übersetzt es mit: „übrigens.“ Savigny meint, daß dasselbe eine Folgerung aus dem vorhergehenden Satze enthält, und er übersetzt es mit: „zum Beispiel.“

Diese L. ist im Zusammenhange zu lesen mit der L. 4. eod., welche von den Compilatoren ohne allen Grund von ihr getrennt wurde; dieselbe lautet: „Nam et cum eo, apud quem deposita vel locata res sit agi potest.“

Ulpian stellt hier die Frage auf, gegen wen mit der Klage ad exhibendum geklagt werden kann und antwortet, daß dieselben nicht allein gegen den wirklichen Besitzer, sondern auch gegen den Detentor statthaft ist. Diese Antwort ist, wie es von selbst einleuchtet, ganz richtig, indem der einzige Zweck der actio ad exhibendum dahin geht, von dem Beklagten die Exhibition der Sache zu erlangen. Hieraus folgt nämlich von selbst, daß die genannte Klage auch gegen den bloßen Detentor statthaft sein muß, da dieser, indem sich die Sache in seinem Gewahrsam befindet, Mittel in Händen besitzt, um dem Kläger die Erreichung des vorerwähnten Zweckes zu ermöglichen. In dem letzteren Satze der L. 3. und in L. 4. erläutert Ulpian seine Meinung durch Beispiele; in L. 3. nennt er Besitzesfälle und in L. 4. Detentionsfälle. Mit der Savigny'schen Ansicht, der die Worte „qui civiliter incumbat possessioni“ auf den Usucapionsbesitz bezieht, ist nun die genannte L. in keinem Falle in Einklang zu bringen, man müßte denn nicht anstehen, dem Ulpian einen Vorwurf zu machen, er habe sich nicht mit der gehörigen Präcision ausgedrückt und einen Umstand erwähnt, der bei vorliegender Frage ganz gleichgültig ist. Es ist nämlich unzweifelhaft, daß es hiebei darauf nicht ankommen kann, ob der Beklagte ad usucapionem besitzt oder nicht.

L. 1. §. 9 und 10. de vi et de vi armata: „Dejicetur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Deni-

Der nämlichen Ansicht ist auch Vangerow, welcher es noch passender mit: „demnach, folglich“ übersetzt. Daß das Wort denique eine Folgerung aus dem vorhergehenden Satze enthält, scheint mir unzweifelhaft zu sein, nur glaube ich nicht, daß es eine Folgerung aus den unmittelbar vor ihm stehenden Worten: et eum, qui naturaliter incumbat possessioni ist, wie Savigny behauptet, sondern eine Folgerung aus dem ganzen vorhergehenden Satze.

que, etsi maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti, non tamen si colonus.“

Savigny ergänzt dieselbe mit den Schlußworten: dejectus erit, poterit colonus interdicto uti. Das Wort poterit bezieht Savigny auf uxor und nicht auf den maritus, wie es Thibaut thut.

Ihr Inhalt ist folgender: Nicht allein derjenige kann dejectirt werden, welcher wirklich besitzt, sondern auch derjenige, welcher bloß detinirt, indem die Dejection eine solche Handlungsweise ist, die wegen ihrer factischen Voraussetzung auch gegen den bloßen Detentor gerichtet werden kann (nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.^{*)}) — Die Ehefrau, welche suo nomine besitzt, wird, wenn sie aus dem Besitze der ihr vom Ehegatten geschenkten Sachen dejectirt wurde, durch das Interdictum de vi geschützt. Der Colonus dagegen, welcher im Namen des Herrn besitzt, kann im Falle der Dejection mit demselben nicht klagen.

Es fragt sich, warum das Interd. de vi dem Colonus nicht zusteht. Die Antwort darauf ist leicht. Offenbar darum, weil er kein eigenes Interesse an der Erhaltung des Besizes hat, indem er suo nomine nicht besitzt, das Interesse des Herrn aber dadurch schon hinlänglich gewahrt wird, daß die Gesetze die Dejection des Colonus so betrachten, als ob er selbst dejectirt worden wäre, und ihm somit im gegebenen Falle gestatten, das Interd. de vi anzustellen. Cf. L. 1. §. 22. eod.

L. 2. §. 1. pro herede vel pro possessore: „Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est: ut possessio non solum civilis, sed et naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita vel cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.“

*) Diese Worte beziehen sich somit nicht auf das Subject; sie drücken nicht aus, daß das Interd. de vi dem Detentor zusteht und sie können es auch gar nicht ausdrücken, da wir aus andern Gesetzesstellen wissen, daß dasselbe auf wirkliche Besitzer beschränkt war.

Ihr Sinn läßt sich so wiedergeben: der Grundsatz, den die Juristen ihren *responsis* zu Grunde zu legen gewohnt sind, wonach Niemandem gestattet wird, sich einseitig und eigenmächtig einen Besitzestitel zu schaffen, bezieht sich nicht allein auf den Besitz, sondern auch auf die Detention. Demgemäß ist auch in einem *responsum* ausgesprochen worden, daß weder der *Colonus*, noch der *Depositarius* und *Commodatarius* die im Momente des Todes des Erblassers detinirten Erbschaftsachen *pro herede* ersitzen können.

Die genannte *Lex* läßt sich mit der Ansicht *Savigny's* unmöglich in Einklang bringen, da sonst der ganze letzte Satz, welcher entschieden nicht von den *Interdictenbesitzern*, sondern von den bloßen *Detentoren* redet, in keinem logischen Zusammenhange mit dem vorhergehenden Satze stehen würde. Wer wird so sprechen: den *Usucapionstitel* kann weder der *Usucapionsbesitzer*, noch der *Interdictenbesitzer* sich eigenmächtig schaffen, und demgemäß können bloße *Detentoren*, als da ist ein *Colonus*, ein *Depositarius*, ein *Commodatarius* u. s. w., die im Momente des Todes des Erblassers detinirten Sachen nicht ersitzen. Der Einwand wäre ja unstatthaft, *possessio naturalis* bezeichne hier beides, nämlich den *Interdictenbesitzer* und den bloßen *Detentor*. Demselben würde das im Wege stehen, was *Savigny* auf pag. 97 mit folgenden Worten sagt: „Welche *naturalis possessio* ist nun gemeint, wo das Wort in unseren Rechtsquellen gebraucht wird? ist damit nur das Recht der *Usucapion* oder auch das der *Interdicte* gemeint? dies läßt sich in jedem Falle nur dadurch bestimmen, daß man den positiven Begriff aufsucht, dessen Gegensatz auf diese Art ausgedrückt wird. Je nachdem also der *civilis possessio* oder der *possessio* überhaupt *naturalis possessio* gegenübersteht, ist ihre Bedeutung verschieden zu bestimmen u. s. w.“

Vangerow führt andere Gründe gegen *Savigny* an, deren Kraft gewiß nicht in Abrede gestellt werden kann. Es wird wohl nicht unangemessen sein, dieselben wörtlich anzuführen: „Sehr schwer und gezwungen, meint *Vangerow*, ist dieser Ausspruch *Julian's* mit *Savigny's* Theorie zu ver-

einigen. Wenn nämlich Julian den Satz aufstellt: bei der *civilis poss.* sei die Anwendbarkeit der Regel, *nemo sibi causam u. s. w.*, nicht zu bezweifeln, aber sie komme auch bei der *naturalis possessio* vor; so wäre dies schlechtthin verwerflich, wenn man unter *civilis possessio* den *Usucapionsbesitz* verstehen wollte, denn bei diesem kann im neueren Rechte die ganze Regel gar nicht mehr zur Anwendung kommen. — Also: wenn man Savigny's Terminologie annimmt, so hat schon Julian selbst in unserer Stelle sich sehr ungenau ausgedrückt, indem er dann als die Hauptanwendung der Regel einen einzelnen singulären Fall hinstellen würde u. s. w."

L. 26. de donat. inter vir. et uxorem: „Si eum, qui mihi vendiderit, jusserim eam rem uxori meae donationis causa dare, et is possessionem jussu meo tradiderit; liberatus erit: quia, licet illa jure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradet.“

Paulus meint: „Hat der Mann demjenigen, von welchem er die Sache gekauft hat, gleichzeitig den Auftrag erteilt, die genannte Sache nicht ihm selbst, sondern an seiner Statt der Frau zu tradiren und zwar *donationis causa*, so wird der Verkäufer im Momente der dem Auftrage gemäß geschehenen Tradition seiner Schuldverbindlichkeit los, da derselbe, vorausgesetzt auch, daß die Meinung die richtige wäre, wonach die Frau den Besitz an den ihr vom Ehegatten geschenkten Sachen nicht erwerbe, außer Stande ist, zum zweiten Male die Tradition der gedachten Sache zu bewerkstelligen und ihn — dies muß offenbar hinzugedacht werden — keine Schuld trifft, daß dem so ist, da also hier ein, den Fällen, in welchen der Grundsatz: *periculum creditoris* ist, anwendbar ist, ganz analoger Fall vorliegt.

Savigny bezieht die Worte: *licet illa jure civili possidere non intelligatur*, auf den *Usucapionsbesitz* und übersetzt sie, seiner Auffassung gemäß, nicht im *Conjunctiv*, sondern im *Indicativ*, also mit: wenn auch die Frau *ad usucapionem* nicht besitzt. Mir scheint, als ob Savigny den Gedanken Paulus's nicht richtig aufgefaßt habe. Es ist zwar unzweifelhaft, daß man

in der deutschen Sprache manchmal den Indicativ gebrauchen kann, wo die Römer sich im Coniunctiv ausdrücken. Aber andererseits scheint es mir ebenso klar, daß hier ein solcher Fall nicht vorliegt. Der Annahme, die citirten Worte beziehen sich auf den Usucapionsbesitz, steht der entscheidende Umstand entgegen, daß die Hervorhebung des Usucapionsbesitzes unter den Argumenten für die in der L. angeführte Meinung geradezu sinnlos wäre. Wie kann man einem Römischen Juristen einen solchen Satz zutrauen: Hat der Verkäufer die Sache dem Auftrage des Verkäufers gemäß an dessen Ehefrau tradirt, so wird er dadurch seiner Schuld los, da, wenn auch angenommen werden muß, daß die Frau ad usucapionem nicht besitzt, sondern nur ad interdicta, er nihil habet, quod tradet.

Einen wichtigen Beleg für die hier vertheidigte Ansicht liefert L. 24. de poss. („— peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere“), indem Savigny dieselbe mit seiner Ansicht nicht anders in Einklang bringen kann, als durch die Annahme, daß in ihr von einer Negation des Besitzes überhaupt wegen einer Regel des jus civile die Rede ist. Diese Annahme scheint mir nämlich fraglich, indem sie tacite den Gedanken enthält, daß der Besitz in Fällen, in denen er von dem jus civile negirt wird, nach dem jus gentium existiren kann. Savigny stellt dies auch in der That nicht in Abrede, wie es aus folgenden Worten hervorgeht (pag. 82): „Die Sklaverei kam nach Römischen Begriffen aus dem jus gentium: allein der Erwerb des Sklaven für seinen Herrn und die Unfähigkeit des Sklaven, eigenes Vermögen zu haben, gehörte in das jus civile, da die Römer selbst andere Völker kannten, bei welchen (wie z. B. bei den Deutschen) die Sklaven eigenes Vermögen hatten.“ Meiner Meinung nach kann Jemand, der das Eigenthum nach dem jus gentium hat, kein dominus nach dem jus civile sein, aber ein Nichtbesitzer nach dem jus civile kann unmöglich ein Besitzer nach dem jus gentium sein. Für das Gegentheil können die schon oben citirte L. 26. de donat. inter vir. et ux. und die L. 38. §. 7. de verb. oblig. nicht ange-

führt werden, wenn auch in beiden von einem *non possidere jure civili* die Rede ist. In der L. 26. hat sich Paulus darum in dieser Art ausgedrückt, weil einige Juristen, wie es aus der L. 1. §. 4. *de poss.* hervorgeht, aus dem Schenkungsverbote, welches das *jus civile* eingeführt hat, den Richterwerb des Besitzes von Seiten der Frau an den ihr vom Ehemanne geschenkten Sachen abgeleitet haben. In der L. 38. hebt Ulpian den Umstand, daß der Slave nach dem *jus civile* nicht besitzt (*quamvis servus civili jure non possidet*) darum hervor, weil er gerade die Frage behandelt, ob der Slave sich den Besitz stipuliren kann, also eine Frage, bei der es gerade auf die Rechtsfähigkeit nach dem *jus civile* ankommt, so daß der Slave auch dann unfähig wäre sich den Besitz zu stipuliren, wenn er die Fähigkeit des Besitzerwerbes nach dem *jus gentium* hätte.

Woher dieser Unterschied zwischen dem Eigenthume und dem Besitze? Dies kommt ganz einfach daher, weil der Besitz, als ein *Factum*, durch bloße *Facta* entsteht, erhalten wird und erlischt, während das Eigenthum, als ein Rechtsverhältniß, nur auf Grund eines Rechtstitels entstehen, fort dauern und untergehen kann. In Betreff der Rechtstitel kann es nämlich eine verschiedene Auffassung geben, je nachdem man sich hierbei auf den Standpunkt des National-Römischen Rechts oder auf den Standpunkt des *jus gentium* stellt; das freiere *jus gentium* kann einen Rechtstitel anerkennen, den das *jus civile*, dessen Gesichtskreis ein weit beschränkterer ist, als solchen, nicht gelten läßt. *Facta* dagegen können unmöglich nach dem *jus civile* anders, als nach dem *jus gentium* beurtheilt werden. Ist das *corpus* und der *animus* da, so entsteht der Besitz sowohl nach dem *jus civile*, als auch nach dem *jus gentium*, vorausgesetzt freilich, daß die Sache dem Verkehr nicht entzogen ist und das Subject die Fähigkeit zu besitzen hat, welche Fähigkeit aber keine specifisch civile zu sein braucht, d. h. keine der National-Römischen Rechtsanschauung homogene; sind dagegen *corpus* und *animus* nicht da, oder nicht in der betreffenden Beziehung zu einander vorhanden, oder haben das Subject und Object

nicht die erforderliche Fähigkeit, so entsteht kein Besitz, man mag dabei von dem einen oder dem anderen Rechtssysteme ausgehen. Nur in einem ganz speciellen Falle wird dieser Satz modificirt, und zwar in Betreff der Hauskinder. Da diese nämlich nach dem *jus gentium* vollkommen rechtsfähig sind, so muß auch angenommen werden, daß sie nach dem *jus gentium* den Besitz für sich erwerben können, während dies nach dem *jus civile* bekanntlich nicht der Fall ist, indem sie wegen der Unterwerfung unter die *patria potestas*, die dem *jus civile* ausschließlich angehört, von ihrer ihnen nach dem *jus gentium* zukommenden Rechtsfähigkeit keinen Gebrauch machen können. Die Behauptung Savigny's, die Sklaverei gehöre zwar dem *jus gentium* an, aber die Unfähigkeit des Sklaven, eigenes Vermögen zu besitzen, sei aus dem *jus civile* abzuleiten, indem die Römer andere Völker kannten, bei denen die Sklaven, wie z. B. bei den Deutschen, eigenes Vermögen hatten, scheint mir gewagt zu sein. Denn das Wesen der Sklaverei besteht eben in der Negation der Persönlichkeit im Menschen, also auch der Vermögensfähigkeit, da diese nur ein Ausfluß der Persönlichkeit ist. Haben die Deutschen Völkerschaften den Sklaven den Erwerb eines eigenen Vermögens gestattet, so war ihre Sklaverei entweder nur eine halbe Sklaverei, oder es ist dies in ähnlicher Weise zu erklären, wie der Fall, wenn dem peregrinus das Römische commercium erteilt wird. Und dann gehörte auch diese vermögensrechtliche Fähigkeit der Sklaven bei den Deutschen Völkerschaften nach der Begriffsbestimmung, die uns Gajus über das *jus civile* und *gentium* überliefert hat, nicht dem *jus gentium*, sondern dem *jus civile* an, indem dieselbe nur bei wenigen Völkerschaften als Recht bestehen konnte und dem *jus gentium* nur dasjenige zugezählt wird, was *apud omnes gentes peraeque custoditur*, so daß es außer dem *jus civile romanum* noch andere Arten des *jus civile* giebt. „*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam, quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est, vocaturque jus civile,*

quasi jus proprium ipsius civitatis, quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.“

Noch die Bemerkung sei mir vergönnt, daß nach Savigny der L. 7. §. 1. und 2. ad exhib.:

„Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit: *quamvis tunc civiliter non possideas*. Idem etsi armario vel navi tabulam meam, vel ansam scypho junxeris“

ein doppelter Sinn beigelegt werden könne, je nachdem die Worte: *civiliter non possideas* auf den Usucapionsbesitz oder auf den Besitz überhaupt bezogen werden. Dies ist, glaube ich, nicht für richtig zu halten. Von einer Negation des Usucapionsbesitzes kann in der citirten Lex nicht die Rede sein, da die Hervorhebung der Nichtexistenz desselben im Falle, den die genannte Lex im Auge hat, zwecklos und deshalb sinnlos wäre. Aber ebenso kann der Jurist nicht meinen, daß das Rad nach Verbindung mit dem Wagen: „um einer Regel des jus civile Willen“ appart nicht besessen werde, indem der Satz, daß Theile zusammen mit dem Ganzen besessen werden, nur eine logische Consequenz des Umstandes ist, daß dieselben als besondere Sachen für sich nicht existiren. Hieraus ist nämlich klar, daß der genannte Satz dem jus civile eigenthümlich nicht angehören kann.*)

*) Am Schlusse dieses Abschnittes wollen wir noch einmal auf die Ansicht zurückkommen, daß das jus civile den Besitz von einem anderen Gesichtspunkte nicht auffaßt, als das jus gentium. Daß die beiden Momente des Besitzes, nämlich corpus und animus, von dem Standpunkte des jus civile aus nicht anders beurtheilt werden können, als von dem Standpunkte des jus gentium aus, ist, denke ich, klar genug. Hier sei nur noch bemerkt, daß auch in Betreff der activen Fähigkeit des Besitzers und in Betreff der passiven Fähigkeit des Besitzesobjects keine andere Auffassung vom Standpunkte des jus civile aus möglich ist, als vom Standpunkte des jus gentium aus. — Was die active Fähigkeit des Besitzers anbelangt, so muß daran festgehalten werden, daß der Besitz ein

Possessio plurium in solidum esse non potest.

Dieser Satz hat folgenden Sinn: Mehrere, falls sie ein

rein subjectives Verhältniß ist, d. h. daß derselbe lediglich aus dem Willen des Subjects hervorgeht, daß es bei dessen Entstehung gar nicht darauf ankommt, ob der Wille des Subjects im Einklange steht mit dem allgemeinen Willen, mit dem Willen des Gesetzes. Ist nun dieses der Fall, so muß jede Person als solche, mag sie das *jus commercii* haben oder nicht, mag sie also ein *civis romanus*, ein *latinus* oder ein *peregrinus* sein, die Fähigkeit zu besitzen haben. Zur *Usucapion* wird freilich der Besitz nur dann führen können, wenn der Besitzer das *commercium* hat, indem die *Usucapion* ein Institut des *jus civile* ist. Aber dies ändert sein Wesen nicht. Hierulff hat ganz Recht, wenn er die Behauptung aufstellt, daß es verkehrt sei, den Besitz nicht an sich, sondern mit Rücksicht auf die Folgen, welche er erzeugt, zu betrachten. — Was das Besitzesobject anbelangt, so glaube ich entschieden, daß dem Besitze, man mag sich auf den Standpunkt des *jus civile* oder des *jus gentium* stellen, innerhalb der Sphäre der *res in commercio* keine Schranke gesetzt werden kann. Der Wille des Besitzers muß allen genannten Gegenständen gegenüber als ein berechtigter anerkannt werden, da derselbe ja innerhalb der Besitzesphäre durch keine gesetzlichen Bestimmungen gebunden ist. Dieser Auffassung des Willens, als eines absolut berechtigten innerhalb der Besitzesphäre, steht der Umstand nicht entgegen, daß nur *res in commercio* besessen werden können, indem die Entziehung der passiven Besitzesfähigkeit den *res extra commercium* auf ganz anderem Grunde beruht, als auf der Beschränkung des Willens des Besitzers, nämlich darauf, daß der Besitz, soll er als ein juridisches Verhältniß gelten, selbstverständermaßen sich nur auf diejenigen Gegenstände erstrecken kann, an welche juridische Verhältnisse überhaupt geknüpft werden können. Die Person kann also auch den dem Verkehr entzogenen Sachen gegenüber ihren Willen geltend machen, aber das so entstandene Verhältniß ist dann kein juridisches mehr, es liegt vielmehr außerhalb der Rechtssphäre. Bei dieser Gelegenheit wollen wir auch noch die Frage erörtern, ob der Besitz im *jus civile* oder im *jus gentium* entstanden ist, da deren Beantwortung aus dem Vorhergehenden sich leicht ermitteln läßt. Am richtigsten wird es sein, wenn man den Besitz als keinem der genannten beiden Rechtssysteme eigenthümlich angehörig ansieht, also als ein den gedachten beiden Rechtsordnungen gemeinsames Verhältniß. Dies erklärt auch, warum der Besitz der *lex duodecim tabularum* bekannt war, welche die Rechtsnormen des *jus gentium* nicht anerkannte, sondern vielmehr bei allen Rechtsfragen von dem National-Römischen Gesichtspunkte ausging.

gleich starkes Recht auf den Besitz haben,^{*)} können die nämliche Sache ausschließlich nicht besitzen, vielmehr entsteht in einem solchen Falle ein Mitbesitz, so daß Jeder eine andere pars indivisa des Besitzes hat. Es erhellet von selbst, daß dieser Satz in der Natur der Sache selbst begründet ist,^{**)} und dies ist auch der Grund, weshalb derselbe nicht allein beim Besitze gilt, sondern ebenso bei allen anderen Verhältnissen mit Ausnahme der Correal- und Solidarobligationen, bei welchen er aus rein practischen Nützlichkeitsrücksichten nicht zur Anwendung kömmt.

Innerhalb der Besitzeslehre giebt es nach dem Justinianischen Rechte nur einen einzigen Fall, in welchem ein solidarischer Mitbesitz Zweier angenommen wird, nämlich bei dem Pfandrechte. Der Pfandgläubiger besitzt ad interdicta und der Pfandschuldner ad usucapionem. L. 16. de usurp. Dies kann nicht so gedacht werden, als ob Jeder einen anderen Theil des Besitzes hätte, vielmehr ist anzunehmen, daß Beide in solidum besitzen, wenn auch der Besitz eines Jeden andere Wirkungen erzeugt. Eben sowenig kann hier der Einwand gemacht werden: ein solidarischer Mitbesitz liege hier nicht vor, da der Pfand-

*) Im Falle wenn Einer ein stärkeres Recht hat als der Andere, entsteht kein Mitbesitz, sondern ein Alleinbesitz, indem derjenige, welcher potior est interdicto den Anderen vom Besitze ausschließt.

**) Hierulff findet den solidarischen Mitbesitz des regulären Besitzers neben dem abgeleiteten als etwas ganz Naturgemäßes. Er argumentirt pag. 366 so: „Ist der Wille des Vorgängers hier die Quelle seines Besitzes, so ist auch Anfang, Umfang und Beziehung von ihm abhängig, und eine Beschränkung durch ihn möglich.“ Dagegen ist Zweierlei zu bemerken: a) Die Entstehung des abgeleiteten Besitzes hängt bei der Emphyteuse und dem Pfandrechte von dem Willen des Begründers derselben nicht ab, da er dem Emphyteuta und dem Pfandgläubiger den Besitz nicht entziehen kann. b) Aber auch die Entstehung des Besitzes beim Precarium und Sequester hängt von dem Willen des Begründers allein nicht ab. Die Sache ist die: das Gesetz erkennt den Besitz in den beiden gedachten Fällen an, aber es gestattet dem Begründer ihn auszuschließen. So hängt also die Existenz des Besitzes bei den beiden gedachten Verhältnissen von dem Willen des Begründers nur indirect, nur mittelbar ab. Hierulff geht somit von einer falschen Prämisse aus.

gläubiger irregulär, der Pfandschuldner regulär besitzt; denn das Verhältniß des regulären Besitzes zu dem irregulären (abgeleiteten) ist ebenfalls ausschließend.

Daß realiter nur der Pfandgläubiger besitzt, der Pfandschuldner aber nur als Besitzer fingirt wird, würde auch dann keinem Zweifel unterliegen, wenn es nicht in der L. 36. de poss. angedeutet worden wäre: „Qui pignoris causa fundum creditori tradidit, *intelligitur* possidere, sed etsi eundem precario rogaverit — capiet —, quum plus juris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam *qui omnino non possidet*.“

Vor Justinian waren die Meinungen der Juristen hierüber getheilt. Die meisten nahmen außer dem Pfandrechte keinen anderen solidarischen Mitbesitz an; aber vier Juristen waren, wie es aus der L. 3. §. 5. de poss. und L. 19. pr. de prec.^{*)} hervorgeht, anderer Meinung. Sabinus und Pomponius behaupteten, daß neben dem Precisten auch der Concedent besitze, einerlei, ob der Besitz des Precisten ein fehlerhafter ist oder nicht. Trebatius und Julianus meinten, daß zwar eine justa possessio neben einer injusta existiren kann, nie aber zwei justae oder zwei injustae. Die Meinung des Julianus reicht also einerseits weiter, als die des Sabinus, andererseits aber nicht so weit. Wie sollen wir uns die Meinung jener vier Juristen denken? Da die gedachte Maxime in der Natur der Sache selbst begründet ist, so muß angenommen werden, daß theoretisch zwischen den Römischen Juristen kein Streit darüber war,^{**)} daß demnach sie die justa possessio aus irgend einem practischen Grunde fingirt haben.^{***)} Was

*) Der Anfang des Fragments ist nicht im Widerspruch mit dessen Ende. Julian setzt nämlich voraus, daß der Precist non vitiose besitzt.

**) Das was Paulus und Gabeo in der L. 3. §. 5. de poss. gegen diese Meinung sagen, trifft dieselbe nicht, indem die gedachten vier Juristen es wohl wußten, daß es contra naturam est, ut quum ego teneam, tu quoque tenere videaris, und daß es keinen Begriffsunterschied zwischen einer possessio justa und injusta giebt.

***) Was Ulpian anbetrifft, so besitzen wir von ihm zwei Fragen, nämlich L. 5. §. 15. commodati und L. 3. Uti possid. In der ersteren führt Ulpian die Meinung des Celsus, in der letzteren die umge-

war der Zweck dieser Fiction? Wollten sie damit dem justus possessor die retentorischen Interdicte sichern? Diese Ansicht ist wirklich aufgestellt worden. Da die retentorischen Interdicte im Falle des Sieges weniger vortheilhaft sind, als die recuperatorischen, indem bei ihnen der vor Erlass des Interdicts geschehene Schaden nicht in Anrechnung kommt, so ist klar, daß die Rücksicht auf die Interdicte die angeführten vier Juristen zu der gedachten Fiction nicht veranlassen konnte, außer in einem einzigen Falle, nämlich dann, wenn Jemand aus dem Besitze einer beweglichen Sache dejicirt wurde.^{*)} Daraus ergeben sich folgende Resultate:

kehrte Meinung des Trebatius an. Daß Ulpian sich selbst widersprechen sollte, ist nicht denkbar. Eine Meinung muß also die seinige sein, welche ist es denn? ich glaube die in der L. 5. §. 15. commod. ausgesprochene, da sie von der Mehrzahl der Juristen getheilt wurde, da überdies auch die Worte: si quis proponeret possessionem justam et injustam, welche wir in der L. 3. lesen, darauf hinweisen, daß Ulpian hier eine fremde Meinung für den Augenblick als wahr annimmt. Der Sinn der L. 3. Uti possid. ist folgender: besitzen Zweie solidarisch, also Einer juste und der Andere injuste, und stellt der justus possessor das interd. Uti possidetis gegen den injustus an, so ist eine gerichtliche Entscheidung möglich, wenn der Beklagte selbst ihn entsetzt hat; dieselbe wird zu Gunsten des Klägers ausfallen müssen, da der Beklagte keine exceptio hat. Dagegen wird eine gerichtliche Entscheidung unmöglich sein, wenn der justus possessor von einem Anderen und dieser wieder von dem jetzigen Beklagten dejicirt wurde, da der Beklagte wird einwenden können: ich habe dich nicht entsetzt, halte dich an den, der dich entsetzt hat. Die Endworte nam et tu possides et ego possideo sind so zu übersetzen: denn wir beide, ich, der Kläger, und du, der Beklagte, besitzen die Sache pari conditione. — Es scheint, Ulpian habe die Absicht gehabt, die Meinung des Trebatius durch Hervorhebung des Umstandes zu widerlegen, daß in Betreff der Interdicte kein practisches Bedürfnis nach seiner Fiction vorhanden ist, indem der justus possessor auch nach seiner Fiction nur in dem Falle gegen den injustus possessor siegt, wenn dieser ihm selbst den Besitz entzogen hat. Diese Widerlegung ist freilich eine einseitige, da die gedachte Fiction in einem anderen Falle die besten Dienste leistet, nämlich bei der Usucapion. Savigny (pag. 195) denkt sich den injustus possessor als Kläger, aber dem scheinen mir die Worte des Fragments zu widersprechen.

^{*)} Im Falle einer geheimen Entstehung aus dem Besitze einer be-

1) Sabinus und Pomponius konnten an die Interdicte nicht denken, da sie nur in Betreff des Precariums einen solidarischen Mitbesitz annehmen.

2) Dagegen konnte Trebatius und Julianus den gedachten Zweck verfolgen, aber freilich nur unter der einzigen Voraussetzung, wenn man als sicher annimmt, daß das interd. Utrubi zu ihrer Zeit nur gegen theilweise Besitzstörungen schützte.

Die nähere Prüfung der Richtigkeit dieser Annahme übergehe ich, da sie so wie so auf unsere Frage kein Licht wirft, und ich wende mich der Prüfung einer wichtigeren Frage zu, nämlich, ob angenommen werden kann, daß die angeführten Juristen die Fiction des solidarischen Mitbesitzes gerade mit Rücksicht auf die Interdicte ins Leben gerufen haben? Dies, glaube ich, ist entschieden in Abrede zu stellen. Es giebt nämlich einen anderen Fall, in dem die gedachte Fiction weit bessere Dienste leisten konnte, und dieser ist die Usucapion. Meine Meinung geht speciell dahin, daß die Entstehung der genannten Fiction nur durch die Rücksicht auf die Usucapion veranlaßt sein konnte, daß man aber dieselbe möglicherweise auch bei den Interdicten zur Anwendung gebracht hat. Ich gehe hierbei freilich von der Annahme aus, daß zur Zeit der Entstehung dieser Fiction der Grundsatz noch nicht gegolten hatte, daß der Besitzestörer für die unterbrochene Usucapion den Schaden zu ersetzen verpflichtet ist. Diese Annahme hat in der That nichts auffallendes, wenn man bedenkt, daß die Schadenersatzpflicht sich lediglich auf den prätorischen Befehl resp. auf dessen Verbot gründet. Bei den prohibitorischen Interdicten

weglichen Sache, konnte die Fiction unmöglich Platz greifen, da der Prätor zur Anstellung eines interd. Utrubi eine gewaltsame Störung ausdrücklich forderte. Es wäre also, um dem heimlich aus dem Besitze Entsetzten das interd. Utrubi zu sichern, eine doppelte Fiction erforderlich, nämlich, daß er noch besitzt, und daß der Beklagte sich gegen ihn einer vis schuldig gemacht hat. Die letztere Fiction wäre zu willkürlich, als daß sie ein Römischer Jurist hätte wagen sollen. Das Gesagte bezieht sich auch auf das precarium.

tritt dies offenkundig hervor, indem der Beklagte für den vor Erlaß des Verbotes verursachten Schaden gar nicht haftet.^{*)} Bei den restitutorischen Interdicten wird dies freilich etwas verdeckt, indem der Beklagte die Sache zu restituiren verpflichtet ist. Aber dies kommt daher, weil der Befehl des Prätors auf Restitution geht. Da nun die obligatio zwischen den Litiganten sowohl bei den prohibitorischen, als auch bei den restitutorischen Interdicten auf das prätorische Gebot, oder, genauer gesagt, auf den Ungehorsam gegen denselben sich gründet, so folgt von selbst, daß die Pflicht, den aus Unterbrechung der Usucapion entstandenen Schaden zu ersetzen, nur dann dem Beklagten obliegen könnte, wenn der Befehl des Prätors darauf gerichtet wäre; einen solchen Befehl konnte aber der Prätor unmöglich ertheilen, da alle vor dem Befehl eingetretenen Thatfachen dem Wesen des Interdictenprocesses nach auf die gedachte obligatio ohne allen Einfluß sein mußten. Erst von der Zeit an, als die Interdicte sich in gewöhnliche Klagen verwandelten, konnte die Pflicht, den gedachten Schaden zu ersetzen, direct zur Sprache kommen. Und dies erklärt auch, daß die Pandecten der gedachten Pflicht gar nicht erwähnen. Sind alle diese Voraussetzungen so wahr, wie sie mir erscheinen, so folgt, daß durch die Verwerfung der Fiction des Trebatius und Julianus die Lage des Klägers sich verschlimmert hat, denn er konnte von nun an für die unterbrochene Usucapion keinen Ersatz fordern. Dies hat offenbar die Römischen Juristen veranlaßt, in einem Falle, der auf billige Theilung am meisten Anspruch hatte, den Entsetzten günstiger zu stellen, nämlich beim precarium. So ist, glaube ich, die

*) Kam es zur Sponsion und Restipulation, so konnte freilich der Beschädigte den Schaden bei der Feststellung der Sponsions- und Restipulationssumme berücksichtigen, da deren Feststellung auf vertragsmäßigem Wege zu Stande kam, und somit seine Einwilligung voraussetzte. Aber es versteht sich von selbst, daß er seine Forderung nicht zu hoch spannen durfte. — Damit steht der Umstand im Einklange, daß die Quellen nirgends einer gesetzlich normirten Sponsions- und Restipulationssumme Erwähnung thun.

accessio possessionis bei dem precarium aufzufassen. Aus ihrem Character folgt von selbst, daß sie sich in zwei Punkten von der Fiction des Sabinus unterscheiden mußte:

1) Sie tritt nicht in dem Zeitpunkte, in welchem der Precist die Herausgabe der Sache verweigert, sondern erst im Zeitpunkte der wirklichen Rückgabe ein.

2) Sie hat aber dafür eine rückwirkende Kraft, so daß dem Concedenten, von dem genannten Zeitpunkte an, die ganze Zeit, während welcher der Precist die Sache besaß, zum Behufe der Usucapion angerechnet wird.

Das Verhältniß der accessio possessionis zur Fiction des Sabinus ist dieses, daß beide einen und den nämlichen Zweck, aber auf verschiedenem Wege verfolgen. Das, was sie der Fiction des Sabinus nähert, unterscheidet sie von der Fiction des Julianus, indem Julianus dem Concedenten keinen Vorzug vor den übrigen Klägern einräumte.

Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, daß die L. 15. §. 4. de precario, welche einen solidarischen Mitbesitz des Concedenten und Precisten annimmt, von den Compilatoren aus Versehen ins corpus juris aufgenommen worden ist.

Aus dem gedachten Satze ergeben sich von selbst zwei Folgerungen:

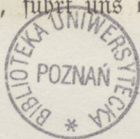
1) Wenn die Quellen von einer Fortdauer des Besitzes reden, so ist dies ein unzweifelhafter Beweis, daß kein neuer Besitz angefangen hat.

2) Wenn umgekehrt dieselben die Entstehung eines neuen Besitzes anerkennen, so ist darin implicite die Annahme der Erlösung des vorigen Besitzes enthalten.

Ueber die practische Anwendung der genannten beiden Fälle cf. Savigny §. 11. pag. 200.

Ueber die *vacua possessio*.

Der Ausdruck: *vacua possessio* kommt in den Quellen in Verbindung mit der *traditio* vor. (Cf. Brissonus.) Schon der Umstand, daß nirgends *vacuum dominium*, *vacuus ususfructus* gesagt wird, führt uns darauf hin, daß der ge-



nannte Ausdruck in einer innigen Beziehung stehet zu der Natur des Besizes. Und so ist es auch in der That. Da der Besitz ein rein factisches Verhältniß ist, so folgt, daß er nur durch Facta erworben werden kann. Es giebt zwei solche Facta, nämlich: corpus und animus; dieselben müssen, soll der Besitz entstehen, mit einander coincidiren. Nehmen wir nun die Tradition. Dieselbe kann mit Rücksicht auf den Besitz nur dann vor sich gehen,^{a)} wenn der Tradirende und der Erwerbende bei der Sache gegenwärtig sind. Wenn nun sowohl der Tradent, als auch der künftige Besitzer neben der Sache stehen, so kann der Besitzerwerb durch Tradition nur unter einer zweifachen Bedingung eintreten:

- a) wenn der Tradent den Willen hat gegenwärtig zu tradiren und ihn sofort thatsächlich äußert mit Zustimmung des Erwerbenden, der seinerseits ebenfalls den entsprechenden Willen hat und äußert;
- b) wenn der Erwerbende, da der Besitz non solo animo, sed corpore et animo erworben wird, die factische Möglichkeit hat über die Sache mit Ausschluß des bei der Sache gegenwärtigen Tradenten zu verfügen, und zwar nicht in Folge der Dejection desselben, sondern nach seinem freien Entschluß.

Das Vorhandensein eben dieser zweiten Bedingung drückt den Ausdruck: *vacuam possessionem tradere* aus. So ist also das Wort *vacuus* kein Pleonasmus, dasselbe ist vielmehr ein sinnvoller Zusatz. Der Umstand, daß die zweite Bedingung beim Erwerbe des Eigenthums nicht Platz greift, erklärt hinlänglich, warum wir nirgends in den Quellen von einem *tradere vacuum dominium* lesen. Warum findet aber die zweite Bedingung bei den Rechtsverhältnissen nicht statt? Darum, weil bei diesen der Tradirende selbst das betreffende Recht auf den Erwerbenden überträgt, so daß Letzterer es nicht mehr einseitig zu erwerben braucht. Und dies ist auch der Grund, weshalb

^{a)} Diese Regel hat freilich Ausnahmen, wie wir weiter unten sehen werden, aber diese können hier auf keine Berücksichtigung Anspruch machen.

der Nachfolger nur bei den Rechtsverhältnissen als Successor seines auctor gilt. Die Tradition hat somit bei dem Besitze eine ganz andere Bedeutung, als bei den Rechtsverhältnissen. Bei dem Besitze kommt sie nur in einem uneigentlichen Sinne vor; wenn gesagt wird: der Besitzer tradirt seinen Besitz einem Anderen, so heißt dies nichts anderes, als: der Tradirende entäußert sich des Besitzes zu Gunsten des Anderen, damit dieser ihn ungehindert durch seine Gegenwart — diese wird nämlich bei der Tradition vorausgesetzt — einseitig erwerben kann.

Beim Kaufe hat das Wort *vacuus* noch eine andere weitere Bedeutung. *Vacua possessio* wird hier schon dann von dem Verkäufer nicht tradirt, wenn ein Dritter eine *missio in possessionem* hat. L. 2. §. 1. de act. emti.

Nemo sibi causam possessionis mutare potest.

Dieser Satz hat folgenden Sinn: Niemand darf eigenmächtig den Grund, aus dem er besitzt, gegen einen anderen vertauschen, vielmehr kann ein solcher Umtausch nur in Folge eines bestimmten Ereignisses eintreten. L. 19. §. 1. de poss.: „Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam etc., credibile est, de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens, hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret: non si quis dimissa possessione prima, ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.“ Cf. auch L. 33. §. 1. de usurp. So ist also derselbe ebenso wie der Satz: *possessio plurium etc.* in der Natur der Sache selbst begründet, indem es sich von selbst versteht, daß es auch bei der Beurtheilung des Besitzesverhältnisses an einem objectiven Maßstabe nicht mangeln kann, wiewohl dessen Entstehung, da er sich auf einen Rechtsgrund nicht stützt, lediglich von dem subjectiven Willen des Besitzers abhängt, und somit, daß die richterlichen Behörden ihn nicht so, wie es der Besitzer etwa wünscht, beurtheilen sollen, sondern so, wie er in der Wirklichkeit entstanden ist. Der gedachte Satz spielt in der Usucapionslehre die wichtigste Rolle, aber es wäre falsch, ihn nur darauf zu beschränken. Von dem Gegentheil überzeugen uns die Quellen,

z. B. die L. 18. de poss., L. 6. §. 3. de prec. Causa bedeutet somit nicht den Usucapionstitel, sondern jeden Grund überhaupt, aus dem Jemand den Besitz hat.

Anwendungen desselben. L. 1. §. 2. pro donato. Wenn die Ehegatten einander beiderseitig Geschenke gemacht haben, so findet keine Usucapion an den geschenkten Sachen statt. Das nämliche tritt auch dann ein, wenn nach vollzogener Schenkung die Ehescheidung erfolgt ist, quoniam non possit causam possessionis ipsa (uxor) mutare. Dagegen wird die Sache eressen, wenn der Mann nach der Scheidung sie zum zweiten Male der Frau schenkt.

L. 3. §. 20. de poss. Hat Jemand eine Sache bei mir deponirt oder sie mir leihweise gegeben, nachher mir aber dieselbe verkauft oder geschenkt, so ist keine mutatio causae vorhanden.

L. 33. §. 1. de usurp. Hat Jemand ein Grundstück von einem Niechteigenthümer wissentlich gekauft, so besitzt er es pro possessore; hat er aber das nämliche Grundstück zum zweiten Male vom Eigenthümer oder von einem Dritten, den er für den Eigenthümer hielt, gekauft, so fängt er an, dasselbe pro emto zu besitzen, weil man nicht sagen kann: ipse sibi causam possessionis mutavit. Die genannte L. enthält noch andere ähnliche Beispiele.

L. 6. §. 3. de prec. Hat Jemand einen Andern deficiert und nachher dieselbe Sache von ihm precario gewonnen, so besitzt er sie von nun an nicht vi, sondern precario, neque existimare sibi ipse causam poss. mutare. Demgemäß hätte er sie von ihm gekauft, so würde er sie pro emto besitzen. Noch andere Anwendungen enthalten L. 2. §. 2. pro emtore, L. 5. c. de poss., L. 23. c. de loc. et cond.

Auch der Satz, daß derjenige, welcher alieno nomine besitzt, nur durchs furtum zum Besitze kommen kann, ist nur aus dem vorliegenden Satze zu erklären, wie es an seinem Orte gezeigt werden wird.

Ueber die Fähigkeit zu besizen.

Es giebt verschiedene Categorien der Besitzesunfähigen: Sklaven, Kriegsgefangene, Verurtheilte in metallum, überhaupt alle, die in Folge einer capitis deminutio ihre Persönlichkeit verloren haben, können darum keinen Besitz erwerben, weil derselbe, als ein der Rechtssphäre angehörendes Verhältniß, nur von Personen überhaupt erworben werden kann. Diejenigen, welche bona fide serviunt, d. h. die irrigerweise aber allgemein als Sklaven eines Anderen angesehen werden, können aus dem Grunde den Besitz nicht erwerben, weil es eben zufälligerweise nicht bekannt ist, daß sie freie Menschen sind, und der Besitz, im Unterschiede von den rechtlichen Verhältnissen, aus solchen Rechtsgründen nicht entsteht, welche, wie z. B. die erbrechtliche Succession, auch in den Fällen wirksam sind, in welchen man über die persönlichen Eigenschaften eines bestimmten Rechtssubjects in der gedachten Art im Irrthum ist. Der Grund davon ließe sich aber auch so angeben: die genannten Personen können darum keinen Besitz erwerben, weil derjenige die Sache factisch nicht beherrschen kann, wer selbst in der Herrschaft eines Anderen steht.

Kinder in der väterlichen Gewalt sind darum unfähig, weil sie wegen der speciellen Vorschriften des jus civile von ihrer Rechtsfähigkeit, die ihnen nach dem jus gentium zukommt, keinen Gebrauch zu ihrem eigenen Vortheil machen können. Das jus civile verordnet nämlich, daß alles, was sie erwerben, ihrem Vater angehört. Mit der Entstehung der Peculien änderte sich dies; das Kind erwirbt den Besitz an den Sachen, die dem peculium castrense oder dem peculium quasi castrense angehören, da dasselbe, in Bezug auf die beiden Vermögensarten, als ein pater familias gilt.

L. 4. §. 1. de usurp.: filius familias in castris acquisitionem usucapiet.

Ebenso besitzt das Kind Sachen, die in das Bereich des peculium adventitium fallen, indem der Vater einen ususfructus an ihnen hat, und sie somit im Namen eines Anderen

definirt, dieser Andere aber nur das Kind sein kann, da dasselbe deren Eigenthümer ist.

Dagegen besitzt der Vater Sachen, die dem *peculium profectitium* angehören, da das Kind an ihnen den Nießbrauch hat und sie somit im Namen des Eigenthümers, d. h. des Vaters, besitzen muß. Die *res peculii adventitii* besitzt somit das Kind durch den Vater, die *res peculii profectitii* dagegen besitzt der Vater durch das Kind.

Freie, sofern sie in der Gefangenschaft überhaupt in der physischen Gewalt eines Anderen sind, erwerben den Besitz aus dem Grunde nicht, weil dessen Erwerb nicht allein den *animus*, sondern auch das *corpus* voraussetzt, dieselben aber zwar den *animus dominii*, nicht aber auch die factische Herrschaft über die Sache haben können, indem sie sich ja selbst in der Gewalt eines Anderen befinden.

Object des Sachbesitzes, des regulären sowohl als des irregulären.

Da der reguläre Sachbesitzer den *animus dominii* hat, der irreguläre denselben zwar nicht hat, sein Besitz aber auf einem Umtausch der Rollen beruht, also den *animus dominii* des Detentors voraussetzt, so leuchtet ein, daß nur diejenigen Sachen besessen werden können, an denen das Eigenthum möglich ist. Und so ist es auch in der That.*) Aber andererseits muß hervorgehoben werden, daß von den eigenthumsfähigen Gegenständen die *res incertae* und die *res quae ex distantibus constant* nicht besessen werden können. Damit daß nur eigenthumsfähige Gegenstände besessen werden können, steht der §. 4. I. per quas person. L. 1. §. 6. de poss. L. 19. de acq. rer. dom. L. 10. §. 4. eod. L. 23. eod. nicht im Widerspruche,

*) Der Besitz eines Grundstückes erlischt somit, wenn dasselbe durch das Meer occupirt oder in ein öffentliches Flußbett verwandelt wird. L. 7. §. 5. de a. r. d. L. 3. §. 17. de poss. L. 30. §. 3. eod. — Eine bloße inundatio des Grundstückes bringt den Besitzesverlust nicht hervor, da dieselbe es in eine *res extra commercium* nicht verwandelt. L. 7. §. 6. de a. r. d.

wenn auch nach denselben der Besitz an einem Freien *qui bona fide servit* möglich ist, und sonach derselbe einem Anderen das Vermögen erwirbt.^{*)} Derselbe wird nämlich nicht als freier Mensch, sondern als Sklave befaßt, also nur darum, weil er sich *de facto* im Zustande der Sklaverei befindet, und der genannte Zustand so lange als sein rechtmäßiger angesehen werden muß, bis sich das Gegentheil erwiesen hat. Aus dem nämlichen Grunde findet der Besitz an einem Sklaven, der irrigerweise als ein Freier gilt, nicht statt.

Erwerb des Besitzes.

Schon oben ist erwähnt worden, daß der Besitz *corpore et animo* erworben wird; hier sind diese beiden Requisite näher anzugeben.

1) Wann geschieht der Erwerb *corpore*? — Früher glaubte man allgemein, daß der Besitz *corpore* regelmäßig nur durch unmittelbare Berührung der Sache erworben wird, also an den beweglichen Sachen durchs Ergreifen, und an den unbeweglichen Sachen durchs Betreten. Da aber die Quellen noch von einem anderweitigen Besitzerwerbe *corpore* reden, so konnte man denselben nicht in Abrede stellen. Man half sich aber aus der Schwierigkeit auf eine bequeme Weise, nämlich durch die Annahme, daß die wahre Besitzergreifung in den gedachten Fällen vermittelt einer juristischen Fiction symbolisch repräsentirt werde. So kam man auf die Eintheilung der Erwerbshandlungen in *actus veri* und *adscititii*, und der Apprehension in *apprehensio vera* und *ficta*. Savigny liefert in seiner Besitzeslehre eine erschöpfende Critik der genannten Doctrin. Ihre Unrichtigkeit liegt auf der Hand. Da nämlich das *corpus* diejenige äußere Begebenheit bezeichnet, durch welche der Besitzer die physische Herrschaft über die Sache erlangt, so folgt von selbst, daß der Besitz regelmäßig dann *corpore* erworben wird, wenn die

*) Nur in dieser einzigen Beziehung erzeugt ihr Besitz rechtliche Wirkungen, indem hierbei weder von der Usucapion, noch von dem Fruchterwerbe die Rede sein kann, Beides vielmehr nur bei einem wirklichen Sklaven möglich ist.

genannte Begebenheit sich ereignet hat, ohne alle Rücksicht auf die näheren Umstände, unter denen sie eingetreten ist. Die genannte Doctrin irrt also darin, daß sie es außer Acht läßt, daß die Ergreifung und Betretung nur ein Mittel sind, und zwar nicht das einzige, um den Besitzer in den Stand zu setzen, über die Sache verfügen zu können. L. 1. §. 21. de poss. „non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.

Zwischen den unbeweglichen und beweglichen Sachen besteht folgender Unterschied: die unbeweglichen können, da eine custodia derselben etwas höchst Uebersüssiges wäre, nur durch die Gegenwart des Besitzers^{*)} in Besitz genommen werden,^{**)} während bei den beweglichen die Gegenwart durch die custodia ersetzt werden kann. Daß dem so ist, ergibt sich aus Zweierlei:

- 1) Aus den hierauf bezüglichen Stellen, die Savigny mit ganz richtiger Interpretation anführt.^{***)}
- 2) Aus dem Umstande, daß die custodia in einem noch höheren Grade die Möglichkeit über die Sache zu verfügen gewährt, als die Gegenwart, indem sie im Grunde genommen nichts anderes ist, als eine durch bestimmte Anstalten factisch gesicherte Herrschaft über die Sache.

*) L. 77. de rei vind. L. 18. §. 2. de poss. In der letzteren ist freilich die Gegenwart eine etwas entferntere, aber sie wird offenbar in ihr vorausgesetzt. Das was die L. 3. §. 1. bemerkt, versteht sich von selbst „non utique ita accipiendum est, ut qui possidere vellit, omnes glebas circumambulet.“

**) Die Bestimmung, daß der Besitz eines Grundstücks clam nicht erworben werden könne, führt davon keine Ausnahme ein, schließt vielmehr hierbei die Anwendung der Regel aus.

***) Von der custodia reden z. B. die L. 18. §. 22. de poss. L. 9. §. 3. de jur. dot. L. 51. de poss. In der letzteren besteht die custodia in der Bestellung eines Wächters. Savigny bemerkt mit Recht, daß dieselbe aus zwei Theilen besteht, und daß in dem ersteren die Meinung *Pabeo's*, und in dem zweiten, der von den Worten: *in eo puto hanc quaestionem consistere an*, beginnt, die Meinung des *Javolenus* vorgetragen wird.

Daher kommt es auch, daß die *custodia* immer den Besitz gewährt, die Gegenwart aber nicht immer, z. B. nicht in folgenden Fällen:

- a. Wenn ein Anderer bei der Sache ebenfalls gegenwärtig ist, indem der Besitzerwerb unter diesen Umständen, falls der Andere über die Sache ebenfalls verfügen will, nur durch dessen Dejection erfolgen kann.
- b. Wenn ein wildes Thier verfolgt wird, indem der Besitz erst im Momente des Fangens erworben wird. L. 5. §. 1. de acq. rer. dom.
- c. Wenn Jemand eine verschlossene Sache einem Anderen tradirt. In diesem Falle wird der Besitz erst im Momente des Aufschließens oder der Uebergabe des Schlüssels erworben. L. 9. §. 6. de acq. rer. dom. L. 1. §. 21. de poss.

Es ist noch die Frage über den Erwerb des Besitzes an einem Schätze zu erörtern. — Unter einem Schätze versteht man den Inbegriff mehrerer *res pretiosae*, die an einem bestimmten Orte verwahrt wurden. Der Umstand, daß der wahre Eigenthümer nicht mehr ermittelt werden kann, ist kein Merkmal des Schatzes. Ist die Ermittlung des Eigenthümers nicht möglich, so ist darum der Schatz den *res nullius* nicht gleich zu stellen, und dies ist auch der Grund, weshalb auch die Occupation auf denselben keine Anwendung findet.

In der Eigenthumslehre kann selbstverständermaßen nur von einem solchen Schätze die Rede sein, dessen Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln ist. In der Besitzeslehre kommen dagegen beide Arten des Schatzes zur Sprache.

Ueber den Schatz der ersten Art redet die L. 31. §. 1. de a. r. d.

Aus den Worten der L. 3. §. 3. de poss. — L. 14. pr. eod. — L. 44. eod. — L. 15. ad exhib.

geht hervor, daß der Besitz des Schatzes weder durch Ausgrabung, noch durch Niederreißung der Mauer, sondern erst durch Aushebung aus dem Orte, in dem er sich befindet, erworben

wird. Dies scheint der oben aufgestellten Regel zu widersprechen, indem die factische Herrschaft über den Schatz schon im Momente der Ausgrabung resp. Niederreißung der Mauer entsteht. Dies ist indessen nicht der Fall. Die genannte Entscheidung gründet sich nämlich darauf, daß der Schatz vor der Aushebung eine *res incerta* ist, *res incertae* aber nicht besessen werden können.

L. 26. de poss. — „*incerta autem pars nec tradi nec capi, potest, veluti si ita tibi tradam etc.*“

L. 3. §. 2. eod.: „*Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, ut quid Titius possidet tu quoque velis possidere.*“

2) Wann geschieht der Erwerb animo? — Die Antwort darauf ergibt sich, wie auf die vorige Frage, von selbst.

Der Besitz wird erworben animo, wenn der Besitzer den Willen faßt, die Sache als sein Eigenthum zu beherrschen. Da nun der Erwerb animo einen bestimmten Willensentschluß voraussetzt und der Besitz solo corpore nicht erworben wird, so ergibt sich, daß die juristisch Willensunfähigen den Besitz durch sich selbst nicht erwerben können.

Moralische Personen und Wahnsinnige erwerben daher den Besitz durch Andere.

L. 1. §. 15. Si is, qui testam. lib.: „— *possessionem hereditas non habet, quae est facti et animi.*“

L. 1. §. 3. de poss.: *Furiosus* — *sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat etc.*“

Die Pupillen, welche nur theilweise juristisch willensunfähig sind, indem sie *melio rem conditionem sine tutoris auctoritate facere possunt, deterio rem vero non aliter quam tutore auctore*, erwerben dennoch den Besitz nach der L. 1. §. 3. de poss. durch sich selbst nicht unbedingt, sondern nur dann, wenn sie die erforderliche Einsicht haben. Soll man annehmen, Paulus habe mit dieser seiner Meinung isolirt gestanden? Dazu berechtigt uns nichts, da diese Meinung eine Consequenz aus

der Natur des Besizes ist. Bei demselben kommt es nämlich nur darauf an, ob *corpus* und *animus* vorhanden sind. Der Umstand nun, ob *animus* vorhanden sei, muß, als ein rein factischer, mit Berücksichtigung der Individualität des Pupillen beantwortet werden. Die L. 32. §. 2. eod. steht dem gewiß nicht entgegen, da in ihr offenbar ein *intellectus* des Kindes vorausgesetzt wird. Uebrigens kommt es practisch auf eins heraus, ob man den Besitzerwerb von der Individualität des Kindes abhängig macht, oder von dem zurückgelegten siebenten Jahre, indem ein Kind, welches das Pupillenalter bereits erreicht hat, gewiß die nöthige Einsicht besitzt, wenn es nicht blödsinnig oder wahnsinnig ist. Es ist daher nicht zu billigen, wenn Savigny daraus im Systeme III. 50. die Schlußfolgerung zieht, daß der Erwerb des Besizes dem Pupillen mehr erschwert ist, „als der Erwerb der strengen Rechtsverhältnisse des alten Rechts.“ Noch die Bemerkung sei mir vergönnt, daß in dem älteren Rechte die Erwerbsfähigkeit der Kinder nicht von einem bestimmten Lebensjahre an datirte, sondern von der jedesmaligen Individualität desselben abhängig war. Da nun practisch das nämliche Resultat herauskommt, ob man die Fähigkeit, den Besitz zu erwerben, von der Individualität des Kindes abhängig macht, oder davon, ob dasselbe das siebente Jahr bereits zurückgelegt hat, und da die Römer stets auf das practische Moment ihr Augenmerk zu richten gewohnt sind, so scheint es mir wahrscheinlich, daß der gedachte Rechtsatz gar nicht entstanden wäre, wenn von Anfang an der Grundsatz gegolten hätte, daß die Erwerbsfähigkeit der Kinder mit dem zurückgelegten siebenten Jahre beginnt. So ist also der Satz des Paulus als ein Ueberbleibsel der älteren Rechtsanschauung aufzufassen, zu deren Beibehaltung Paulus und die anderen Juristen durch die Rücksicht bestimmt wurden, daß die ältere Rechtsregel, wenn sie sich auch von dem später entstandenen Rechtsfaze practisch nicht unterscheidet, doch der Wortfassung nach der Natur des Besizes mehr entspricht, als dieser.

Was den Besitzerwerb durch den *infans* anbelangt, so hängt hierbei Alles von der Interpretation zweier Fragmente

ab, nämlich der L. 32. §. 2. de poss. und der L. 3. C. eod. Die erstere lautet: „infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.,“

Die L. 3. C. de poss. lautet: „Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissidentes, tamen consultius videtur interim licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam, alioquin sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.“

Am Ende der ersten Stelle liest Savigny statt der von uns angenommenen Lesart: nam alioquin nullus consensus infantis est accipienti possessionem. Seine Meinung spricht er folgendermaßen aus: „Der tutor auctoritatem interponens wird offenbar dem tutor accipiens possessionem entgegengesetzt, und durch die Gültigkeit der zweiten Handlung soll die Gültigkeit der ersten bewiesen werden. Demnach ist der Sinn der ganzen Stelle dieser: Die Gültigkeit der auctoritas ist abweichend von der allgemeinen Regel (utilitatis causa) angenommen worden: denn wenn man sie verwerfen wollte, so würde das aus dem Grunde geschehen müssen, weil es nicht der Besitzer selbst ist, der den animus possidendi hat: das ist aber auch dann der Fall, wenn nicht das Kind auctore tutore, sondern der Vormund selbst im Namen des Kindes den Besitz erwirbt, da auch hier nicht das Kind den animus possidendi hat. Da nun in diesem Fall dennoch der Besitz als erworben angenommen wird, so war es consequent, auch in jenem Fall den Erwerb zu behaupten.“

Ich glaube mit Puchta (Ueber den Besitzerwerb eines Kindes. Rh. Museum Num. 3. pag. 33—64), daß sich dieser Interpretation der Umstand entgegenstellt, daß sie juristisch un-

richtig ist, indem der Besitzerwerb durch den Vormund eine Abweichung von dem Grundsatz enthält: *possessionem acquirimus corpore et animo, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno*, während der Besitzerwerb des Kindes unter Zuziehung des Vormundes eine Abweichung von dem Satz ist, daß die *interpositio auctoritatis* nur in Betreff derjenigen Pflöglinge Platz greifen kann, welche das Kindheitsalter bereits zurückgelegt haben. Man kann also durchaus nicht so argumentiren: da gegen die Zulässigkeit des Besitzerwerbes durch das Kind unter Zuziehung des Vormunds nur der Einwand möglicherweise erhoben werden könnte, daß das Kind den *animus domini* nicht hat, so muß dieselbe bejaht werden, indem der obige Einwand hierbei außer Acht gelassen werden kann, da er schon bei einer anderen Gelegenheit, nämlich beim Erwerbe des Besitzes für das Kind durch den Vormund nicht beachtet wird, vielmehr der Besitzerwerb durch den Vormund statthaft ist, wenn auch das Kind den *animus dominii* nicht hat. Savigny fühlt selbst das Gewagte der Argumentation, welche er Paulus unterlegt, er bemerkt nämlich: „Aber ist auch durch des Kindes eigene Handlung Erwerb des Besitzes möglich, wenn die *auctoritas* des Vormunds hinzukommt? aus zwei Gründen scheint diese Frage verneint werden zu müssen: erstens, weil in allen anderen Fällen nur bei eigentlichen Pupillen, nicht bei Kindern, eine *auctoritas* des Vormunds von den Gesetzen anerkannt wird: zweitens, weil der Erwerb des Besitzes keine juristische Handlung ist, folglich auf den Willen des Besitzers gesehen werden muß, ohne daß dieser durch juristische Fiction supplirt werden kann. Da aber der Vormund selbst im Namen des Kindes Besitz erwerben kann, obgleich dabei noch weniger eine Einwilligung des Kindes stattfindet, so darf der zweite Grund consequenterweise auch nicht gegen die Gültigkeit der *auctoritas* angeführt werden: und da man die ganze Handlung auch so betrachten kann, als ob der Vormund selbst im Namen des Kindes den Besitz ergriffe, so fällt auch der erste Grund weg, welcher bloß aus der juristischen Natur der *auctoritas* hergenommen ist.“ Die Richtigkeit

der Behauptung, die *interpositio auctoritatis* sei im Grunde genommen so aufzufassen, als ob der Vormund selbst den Besitz für das Kind erwerbe, muß entschieden in Abrede gestellt werden. Der Erwerb unter Zuziehung des Vormundes kann unmöglich mit dem Erwerbe durch den Vormund identificirt werden. Ich unterschreibe vollkommen die Worte, welche Buchta dagegen angeführt hat: „Durch diese Ansicht würde der Besitzerwerb eines Kindes in der That auf einen einzigen Fall, den des Erwerbs durch den Vormund reducirt. Ich zweifle indessen, ob dann der Satz, daß das Kind *tutore auctore* Besitz erwerben könne, ein stehender bei den Römischen Juristen hätte werden können, wie er es nach den vielen Stellen, worin er vorkommt, wirklich ist.“

Ferner läßt sich der Savignyschen Ansicht der Umstand entgegenstellen, daß, wenn Paulus wirklich den ihm von Savigny untergelegten Gedanken gehabt hätte, er gewiß den Ausdruck: *utilitatis enim causa hoc receptum est*, nicht gebraucht hätte, indem dann diese Ausdrucksweise unpassend wäre. Ist der Satz, daß Kinder unter Zuziehung des Vormunds den Besitz erwerben können, nur eine weitere logische Consequenz dessen, daß der Vormund für das Kind den Besitz erwirbt, so kann man nicht sagen, daß derselbe den Rücksichten der Billigkeit seine Entstehung verdanke, man muß vielmehr geradezu sagen, daß er sich logisch aus einem anderen, aus Billigkeitsrücksichten entstandenem Satze ergibt. Es ist also nicht eine doppelte Billigkeit anzunehmen, sondern nur eine einzige und die Worte: *utilitatis enim causa etc.*, weisen ja auf eine doppelte Billigkeit hin. Die letztere Behauptung kann leicht mißverstanden werden und daher zu einer Rüge Anlaß geben, aus diesem Grunde will ich sie näher erläutern. — Meine Meinung geht nicht dahin, daß in der citirten *Lex* von einer doppelten Billigkeit ausdrücklich die Rede sei. Dies konnte schon aus dem rein factischen Grunde nicht der Fall sein, weil in derselben von dem Erwerbe des Besitzes durch den Vormund auf Rechnung des Kindes gar nicht gesprochen wird. Meine Meinung ist nur die, daß aus den Worten: *utilitatis enim etc.*

sich ergibt, daß Paulus den Besitzerwerb des Kindes unter Zuziehung des Vormundes an sich als einen aus Billigkeitsrücksichten entstandenen Satz betrachtet, so daß er, wenn er in der citirten Stelle auch noch von dem Erwerbe durch den Vormund gesprochen hätte und auf dessen Grund eingegangen wäre, gewiß einer doppelten Billigkeit erwähnt hätte.

Dann ist hervorzuheben, daß, wenn Savigny's Interpretation die richtige wäre, in der L. 32. nicht: nam alioquin etc., sondern nam et alioquin stehen müßte. Einem Gelehrten, wie Savigny, konnte dies nicht entgehen, Savigny sieht diesen Einwand wirklich voraus, aber er behauptet, daß hier nam alioquin statt nam et alioquin stehe. Was bedeutet diese Bemerkung? Sie kann nicht bedeuten, daß gewöhnlich, wo der Sinn ein nam et alioquin erheischt, der Kürze wegen nam alioquin gesetzt werde. Sie kann also nur das bedeuten, daß Paulus sich nicht präcise ausgedrückt hat. Daß die Römischen Juristen manchmal sich des Mangels an Präcision schuldig machen, weiß jeder, der sich mit dem Quellenstudium beschäftigt hat, ja die citirte Stelle selbst ist ein Beweis dafür, indem sonst keine Controverse über deren Sinn entstanden wäre, welche die Juristen von der Zeit der Glossatoren an bis auf den heutigen Tag beschäftigt. Aber der Einwand, Paulus habe statt nam et alioquin, nam alioquin gesetzt, ist kein Vorwurf des Mangels an Präcision des Ausdrucks, sondern er ist ein weit größerer Vorwurf, nämlich der Vorwurf der Omission eines Worts, also ein Vorwurf des Mangels an der gewöhnlichen Aufmerksamkeit.

Darauf daß Savigny genöthigt ist, auf Autorität einer einzigen Handschrift, nämlich der Münchener, und gegen das Zeugniß aller übrigen Ausgaben eine Lesart anzunehmen, die mit seiner Ansicht in Einklang gebracht werden könne, will ich kein großes Gewicht legen, da hierbei auch unter den übrigen Ausgaben keine Einhelligkeit herrscht. So liest z. B. die Vöwener Handschrift *acquirendi*, einige Ausgaben hingegen lesen wieder *accipientis*. Cf. darüber Savigny.

Was ist nun der Sinn der Stelle? Paulus spricht den

Gedanken aus: Das Kind erwirbt den Besitz unter Zuziehung des Vormundes auf eine gültige Weise (*recte*^{*)}). Der Annahme der Richtigkeit dieses Satzes stehe nichts entgegen, denn hat auch das Kind nicht die nöthige Einsicht (*judicium*), um den *animus dominii* mit aller erforderlichen Klarheit zu fassen, so wird ja das Mangelhafte seiner Einsicht durch das Dazwischentreten der *auctoritas* des Vormundes ergänzt. Dieser Satz gehöre dem Billigkeitsrechte an, da ja sonst, nämlich nach dem anderen Rechtssysteme (*nam alioquin*) das Kind die zum Besitzeserwerbe unter Zuziehung des Vormundes erforderliche Einsicht nicht hat, indem — dies kann hinzugedacht werden — nach dem *tenor juris*, nach den allgemeinen Rechtsregeln die Zuziehung eines Vormundes nur in Betreff solcher Pfleglinge statthaft sei, welche das Kindheitsalter bereits zurückgelegt haben.

Ich supplire somit hinter den Worten: *accipiendi possessionem* die Worte: *tutore auctore*, was nicht allein durch das Vorhergegangene, sondern auch durch die nachfolgenden Worte: *pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest*, gerechtfertigt wird.

Was die Interpretation des Wortes *alioquin* betrifft, so unterscheide ich mich von Savigny, der es mit: sonst, also in einem anderen Falle, nämlich im Falle, daß der Vormund selbst den Besitz für das Kind erwirbt, übersetzt, nicht so wesentlich, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte. Ich unterscheide mich nämlich von Savigny nicht in Betreff der

*) *Recte* drückt nicht die rechtliche Gültigkeit aus, indem von dieser nur dann die Rede sein kann, wenn es sich um den Erwerb eines Verhältnisses handelt, das ohne einen Rechtstitel nicht erworben werden kann, der Besitz aber zu der Kategorie der genannten Verhältnisse nicht gehört. Es bedeutet also nur dies: daß der Besitz, wenn er durch das Kind unter Auctorität des Vormundes erworben wird, in dem Sinne richtig erworben werde, daß man ihn als ein juridisches Verhältniß, als einen juridischen Begriff ansehen kann, derselbe also nicht Detention, sondern ein wirklicher Besitz ist. Ich gehe nämlich hierbei davon aus, daß die Detention, sofern sie ein selbstständiges Verhältniß für sich ist, außerhalb der Rechtssphäre liegt. Conf. den Anfang dieser Schrift.

Bedeutung des Wortes *alioquin*, sondern darin, daß ich das „sonst“ wo anders suche, als *Savigny*. Noch sei bemerkt, daß den Interpreten, welche das *alioquin* mit: sonst, also ohne die *auctoritas* des Vormundes, übersetzen, mit allem Rechte der Vorwurf gemacht werden kann, den ihnen *Savigny* gemacht hat, nämlich, daß sie dem *Paulus* einen sinnlosen Gedanken unterlegen, indem ja das Kind auch dann keinen *sensus*, keinen *plenus animi affectus* — offenbar ist hier *sensus* identisch mit *plenus animi affectus* — besitzt, wenn der Vormund die Auctorität interponirt hat. Ueberdies würde, wenn das Wort *alioquin* „sonst, also ohne die *auctoritas tutoris*“ bedeuten würde, der ganze Satz sehr trivial klingen. *Paulus* konnte sich unmöglich so ausdrücken: das Kind erwirbt, wenn der Vormund seine *auctoritas* interponirt, da das Mangelhafte seiner Einsicht durch die vormundliche *auctoritas*, welche den Mangel seines Willens ergänzt, gehoben wird (nam *judicium infantis suppletur auctoritate tutoris*); denn sonst, d. h. wenn der tutor die *auctoritas* nicht interponirt, wenn also das Mangelhafte an der Einsicht des Kindes nicht gehoben wird, hat das Kind nicht die zum Besitzeserwerbe nöthige Einsicht. Wie ungeschickt wäre diese Wiederholung! Und wie ließe sich mit dieser Ansicht der Umstand vereinigen, daß der Satz: nam *alioquin* etc. nicht unmittelbar nach dem Satze: nam *judicium infantis* etc. folgt, sondern daß zwischen diesen beiden Sätzen noch der Satz: *Utilitatis causa enim hoc receptum est* steht. Aus dieser Satzfolge ergiebt sich doch klar, daß die Worte: *alioquin* etc. den ihnen untergelegten Sinn nicht haben können. Sie setzen den Erwerb durch den Vormund dem Erwerbe durch das Kind unter Zuziehung des Vormundes nicht entgegen, sondern sie geben den Grund an, warum angenommen werden muß, daß der Satz: das Kind erwerbe den Besitz unter Zuziehung des Vormundes, als dem Billigkeitsrechte angehörig angesehen werden muß.

Aus der Art und Weise, wie wir die L. 32. auffassen, ergiebt sich die weitere Consequenz von selbst, daß wir den Besitzeserwerb des Kindes unter Zuziehung des Vormundes nur

unter der einzigen Bedingung für möglich halten müssen, wenn das Kind einen Willen zu fassen im Stande ist, dasselbe somit den *animus*, wenn auch nicht den *plenus animi affectus* hat. Daraus, daß in der Stelle kein solcher Hinweis ausgesprochen ist, kann kein Einwand gegen die als richtig angenommene Behauptung abgeleitet werden. Die Sachen stehen nämlich so: daß wenn auch ein Römischer Jurist sich dahin wirklich ausgesprochen hätte, daß auch ganz willenlose Kinder, z. B. Wackelkinder, den Besitz unter Auctorität des Vormundes erwerben können, wir seine Meinung als eine inconsequente verwerfen müßten, indem die *interpositio auctoritatis*, da sie die Ergänzung eines mangelhaften Willens bezweckt, einen bestimmten psychischen Willen des Pupillen nothwendig voraussetzt.

Nun wenden wir uns der Interpretation der L. 3. C. de *acquirenda possessione* zu. Wie Savigny und Buchta richtig bemerken, lassen sich die Interpretäten derselben in drei Categorien eintheilen. Die Einen suppliren die *auctoritas tutoris* hinzu und nehmen den Besitzerwerb durch das Kind nur unter der Bedingung an, wenn der Vormund zu dem Erwerbsacte zugezogen wird. Andere stellen die Behauptung auf, Kaiser Decius habe den Besitzerwerb des Kindes unter gewissen Voraussetzungen,^{*)} die auf sehr verschiedene Weise angegeben werden, auch ohne Auctorität des Vormundes anerkannt. Noch Andere erklären sich aus Mißverständniß des Wortes *interim* für eine Mittelmeinung, indem sie die Behauptung aufstellen, das Kind erwerbe zwar den Besitz ohne Auctorität des Vormundes, aber nur einstweilen, d. h. bis das Fehlende durch die Auctorität des Vormundes ergänzt wird.

Die Mittelmeinung ist unter allen offenbar die schlechteste, indem das Wesen der *auctoritas* gerade darin besteht, daß sie

^{*)} Eine Meinung geht dahin, daß das Kind den Besitz nur an Spielsachen erwirbt, indem dieselben die Kinder am meisten interessieren und in Betreff ihrer also noch am ehesten ein *animus* des Kindes angenommen werden kann. Andere beschränken den Besitzerwerb nur auf ein Schenkungsgeschäft, noch Andere nehmen den Besitzerwerb im Falle der Tradition immer an.

nicht nachträglich, wie die Ratihabition, sondern im Momente des abgeschlossenen Geschäfts wirkt. L. 9. §. 5. de auctor. tut: Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri: post tempus vero, aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit. Man kann dieselbe nicht passender abfertigen, als es Buchta thut. Er meint: sie „hat das nicht seltene Schicksal der Mittelmeinungen, die schlechteste von allen zu sein. Denn ihr zu Folge würde etwas an sich unstatthafes, der Besitzerwerb eines Kindes, in Erwartung von einem andern unstatthaften, einer nachgebrachten Auctoritas gültig sein.“

Unter den Juristen, welche den Besitzerwerb des Kindes ohne Auctorität des Vormundes für möglich halten, verdient Buchta die größte Beachtung. Aus diesem Grunde werde ich gerade seine Ansicht einer näheren Prüfung unterwerfen. Buchta argumentirt so: „das Kind erwirbt durch den Vormund Besitz, und zwar zunächst so, daß der Vormund als Repräsentant für dasselbe erwirbt. Da man nun nicht animo alieno Besitz erwerben kann, sondern animo utique nostro, und corpore alieno, das Kind aber des animus possidendi unfähig ist, so ist dies eine Abweichung von der Regel, die auch so ausgedrückt werden kann: das Kind erwirbt corpore den Besitz, statt daß man ihn sonst animo et corpore simul erwerben muß. Aber es ist noch ein zweiter Fall, wo der Vormund dem Kind den Besitzerwerb verschafft, nämlich dadurch, daß zur Apprehension von Seiten des Kindes seine auctoritas hinzukommt. Diese hat hier nicht ihre eigentliche Bedeutung, sie ist hier nicht eine juristische Form, der durch rechtliche Bestimmung die Wirkung beigelegt wäre, den Mangel des Willens zu heben, mit einem Wort: sie wird nicht als förmliche, sondern nur als wirkliche, natürliche Ergänzung des natürlichen Willens betrachtet. Freilich aber kann sie nicht bewirken, daß das Kind nun mittelst der auctoritas den animus possidendi wie ein Erwachsener hat, deshalb müssen wir auch hier sagen: das Kind erwirbt ohne den eigentlich erforderlichen animus, also da nur das corpus ganz so existirt, wie der Besitzerwerb es voraussetzt, es erwirbt corpore den Besitz. Wir drücken also diese

beiden Fälle so aus: das Kind kann corpore Besitz erwerben (im ersten Falle alieno, im zweiten suo). Wollen wir bei der Regel stehen bleiben, so kann auch in diesen Fällen kein Besitz erworben werden. Was soll uns denn aber dann vermögen, diese Abweichung schlechterdings nur in jenen zwei Fällen anzunehmen, und nicht vielmehr auch in anderen die Möglichkeit eines Erwerbs anzuerkennen.“ Einen solchen dritten Fall enthält nun, meint Buchta, das Rescript des Decius, in welchem von einem Schenker die Rede ist, der dem Kinde die Sache zum Besitze tradirt mit der Anweisung — dies denkt nämlich Buchta hinzu, — dieselbe zu behalten und wohl aufzubewahren. Der tradirende Schenker wirke nämlich durch die genannte Anweisung auf die Direction des Willens des Kindes in ganz der nämlichen Weise ein, wie der Vormund, und erwecke in ihm den auf das Haben und Erhalten der Sache gerichteten Sinn, wie es nur der Vormund je zu thun vermag. In welchem Umfange der Besitzerwerb ohne Auctorität des Vormundes statthast ist, äußert sich Buchta nicht genauer. Er macht nur die kurze Bemerkung in einer Parenthese, daß der im Rescripte des Decius behandelte Fall nicht der einzige mögliche sei.^{*)} Aus dem Gesichtspunkte, von dem Buchta ausgeht, läßt sich aber folgern, daß er den Besitzerwerb des Kindes nur in den Fällen für zulässig hält, in denen eine Tradition des Besitzes stattfindet.

Gegen die Argumentation Buchta's ist Folgendes einzuwenden. Völlig ungerechtfertigt scheint mir vor Allem die Behauptung zu sein, das Kind erwerbe den Besitz im Falle, wenn die auctoritas des Vormundes interponirt wird, corpore suo und animo des Vormundes. Es ist vielmehr hierbei daran festzuhalten, daß auch im Falle, wenn der Besitz unter Zuziehung des Vormundes erworben wird, keine Abweichung von dem Grundsatz: *possessionem acquirimus animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno*, vor sich geht. Buchta

^{*)} Wörtlich drückt sich Buchta so aus: „zumal als Schenker, wenn dies auch nicht der einzige denkbare Fall ist.“

sucht seine eben angegebene Meinung durch die Behauptung zu begründen, daß die auctoritas im Falle des Besitzerwerbes durch das Kind ihre eigentliche Bedeutung nicht habe, daß sie „nicht eine juristische Form sei, der durch rechtliche Bestimmung die Wirkung beigelegt wäre, den Mangel des Willens zu heben, m. a. W.: daß sie nicht als förmliche, sondern als natürliche Ergänzung des natürlichen Willens zu betrachten sei.“ *) Die Annahme, die auctoritas habe in Betreff der infantes eine andere Bedeutung, als in Betreff der pupilli, scheint mir durch nichts gerechtfertigt. Offenbar ergänzt die auctoritas die Einsicht des Pfleglings, mag derselbe ein infans oder ein pupillus sein. Puchta konnte dies auch nicht leugnen, aber um doch einen Unterschied zwischen der auctoritas in Betreff des infans und der auctoritas in Betreff des pupillus zu finden, stellt er die Behauptung auf: bei dem pupillus ergänze die auctoritas dessen Einsicht juristisch, bei dem infans dagegen nur natürlich. Von der Richtigkeit dieser Behauptung kann ich mich durchaus nicht überzeugen. Da nämlich die interpositio auctoritatis eine juristische Handlung ist, so folgt von selbst, daß sie keine andere als juristische Wirkungen hervorbringen kann. Wenn sie den Willen des Pfleglings ergänzt, so ergänzt sie ihn nur juristisch. Wenn Puchta an die Möglichkeit der Ergänzung des natürlichen Willens denkt, so muthet er der auctoritas zu viel zu.

Mit dem Argumente: „was soll uns denn aber dann vermögen, diese Abweichung (nämlich von dem Satze: possessio-

*) Am anderen Orte derselben Abhandlung drückt sich Puchta folgendermaßen aus: „Daß die Bedeutung der auctoritas hier nicht ihre eigentliche sein, d. h. daß sie hier nicht als auctoritas schlechthin wirken kann, ist keinem Zweifel unterworfen, denn sie hebt nur eine juristische Handlungsunfähigkeit, die natürliche setzt sie vielmehr voraus, weshalb sie bei einem Wahnsinnigen undenkbar ist. Das Kind ist aber natürlich unfähig zur Handlung des Besitzerwerbes.“ Ich denke, daß nur Wackelkinder den Wahnsinnigen gleichgestellt werden können, Kinder aber von z. B. sechs Jahren nicht. Solche Kinder sind nur juristisch willensunfähig, psychisch aber haben sie gewiß einen Willen.

nem acquirimus animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno) schlechterdings nur in jenen zwei Fällen anzunehmen —? die Regel gewiß nicht, diese ist auch dort kein Hinderniß geworden," kann ich mich durchaus nicht befreunden, da es offenbar desto besser ist, je weniger Abweichungen von der Regel vorhanden sind, zumal wenn die Regel, wie die vorliegende, in der Natur des Verhältnisses selbst begründet und somit dessen innerste Consequenz ist.

Gegen Puchta lassen sich aber auch noch folgende Gründe anführen. Im Falle, den Puchta vor Augen hat, kann der Tradent den Willen des Kindes in der nämlichen Art nicht ergänzen, wie es der Vormund thut, da der Tradent keine auctoritas dem Kinde gegenüber geltend zu machen befugt ist, und nur die auctoritas das Recht giebt, einen fremden Willen zu ergänzen. Die Ergänzung eines fremden Willens hängt nicht von dem Entschlusse einer Privatperson ab, sie ist vielmehr eine Befugniß, welche nur mit einem munus verliehen wird. Aber dann giebt es noch einen Grund, aus welchem die Annahme, der Tradent ergänze den Willen des Kindes, unzulässig ist. Bei der Tradition ist ein doppelter Wille zu unterscheiden, nämlich der Wille dessen, der die Sache tradirt, und der Wille dessen, der sie empfängt. Beide Willen sind auf ganz verschiedene Thätigkeiten gerichtet; der Wille des Einen auf die Uebergabe, der Wille des Andern auf die Empfangnahme. Da dem so ist, so ist es klar, daß der Wille dessen, der die Sache übergiebt, den Willen dessen, der sie empfängt, nicht ergänzen kann. Wäre dies möglich, so würde auch der Vormund die Sache seinem Pfleglinge schenkungsweise tradiren können, was gewiß nicht behauptet werden kann.

So erweist sich also nur die Meinung als richtig, daß in der citirten *Lex* eines solchen Falles Erwähnung gethan wird, in welchem der Vormund seine Auctorität beim Besitzerwerbe des Kindes interponirt hat. Der Umstand kann durchaus nicht gegen sie angeführt werden, daß die auctoritas nicht erwähnt werde, indem wir dies als eine ausgemachte Sache betrachten, daß der Besitzerwerb des Kindes ohne die Auctorität des Vor-

mundes eine juristische Ungehörigkeit wäre. Ueberdies wird auch auf ein Responsum Papinian's hingewiesen, das wir freilich nicht besitzen, das aber gewiß geeignet war, jeden Zweifel über die eigentliche Meinung des Kaisers zu heben.

In Betreff des Sakes: *infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur*, ist zu bemerken, daß aus den Worten: *corpore quaeritur*, die Schlußfolgerung durchaus nicht gezogen werden darf, daß das Kind nach der Ansicht des kaiserlichen Rescripts den Besitz *corpore suo, nomine alieno* erwirbt, indem diese Worte hier keine streng juristische, sondern eine vulgäre Bedeutung haben. In der That erscheint es dem natürlichen Verstande, als ob der Besitzerwerb im Falle, wenn der Vormund seine Auctorität interponirt, auf Seiten des Kindes *corpore* und auf Seiten des Vormundes *animo* eintrete, indem das Kind die Sache in Besitz ergreift, und der Vormund unter der Form der Auctorität seine Einwilligung dazu giebt. Aber ein Jurist muß dies anders auffassen; er darf sich durch den Schein nicht täuschen lassen, muß vielmehr daran festhalten, daß die *auctoritas* eine Ergänzung des Willens des Kindes und keine gewöhnliche Einwilligung ist, so daß juristisch genommen, nicht der Vormund, sondern das Kind den Besitz *animo* erwirbt.

Das Wort *interim* hat hier ganz die nämliche Bedeutung wie in L. 48. pr. de acq. rer. dom.; es darf also mit Savigny nicht übersetzt werden mit: „bis das Kind die Pubertät erreicht hatte,“ indem es nicht auf eine Zwischenzeit, auf einen intermistischen Zeitraum, sondern auf ein einzelnes Zeitmoment hinweist. Cf. darüber Puchta. Das gedachte Wort ist also mit Puchta zu übersetzen mit: „schon jetzt.“

Schließlich ist zu bemerken, daß auf die Worte: *Donatarum rerum, a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur*, kein solches Gewicht gelegt werden kann, wie es Puchta thut, der dem Donellus und Savigny es zum Vorwurfe macht, daß sie über dieselben mit Stillschweigen hinweggeglitten seien, statt sie genauer zu berücksichtigen. Puchta knüpft nämlich daran, daß in denselben von

einem Tradenten die Rede ist, die Behauptung, daß hier ein Satz ausgesprochen werden soll, „für welchen die Existenz eines Tradenten von Bedeutung ist, und dieser Satz kann daher nicht ein solcher sein, bei dem die Tradition ganz gleichgültig wäre, er kann also nicht der sein, daß der Besitz tutor auctore erworben ist.“ Der Umstand, daß in der L. 3. von einem Tradenten die Rede ist, erklärt sich ganz einfach daraus, daß kaiserliche Rescripte immer mit Rücksicht auf einen einzelnen Fall erlassen wurden, und daß die kaiserliche Entscheidung nie in einer abstracten Form, also als ein theoretischer Satz von den Juristen mitgetheilt wird. Freilich schließt diese Form der Mittheilung die Ausscheidung aller unwesentlichen Momente, wenn sie störend wirken, nicht aus. Aber alles dieses hat auf unseren Fall gar keine Anwendung, indem die Hervorhebung des Umstandes, der Kaiser habe über den Fall entschieden, wenn Jemand dem Kinde eine Sache gültig geschenkt und sie ihm tradirt hat, gar nicht störend wirkt, vielmehr der genannte concrete Fall in seiner Realität bei Verschweigung des gedachten Umstandes gar nicht mitgetheilt werden könnte.

Erwerb des Besitzes, wenn der Erwerbende die Sache bereits detinirt.

Der Detentor bedarf zum Besitzerwerbe, da er die Sache bereits in seiner physischen Gewalt hat, nur des *animus domini*.

L. 3. §. 3. de poss.: *Neratius et Proculus solo animo non posse nos acquirere possessionem si non antecedit naturalis possessio.*

Dies ist aber keine Ausnahme von der Regel: *possessio acquiritur corpore et animo*, (L. 3. §. 1. de poss.), indem ja in dem vorliegenden Falle das *corpus* mit dem *animus* ebenfalls coindicirt. Dieser Fall findet in einer dreifachen Art statt:

- 1) wenn die *possessio* auf einen Detentor übertragen wird; in diesem Falle findet eine *brevi manu traditio* statt. *)

*) Da die Tradition die Hervorbringung der factischen Herrschaft über die Sache bezweckt, der Detentor aber resp. der Besitzer dieselbe

(Ihr Gegensatz heißt: *constitutum possessorium*. Die Quellen gebrauchen diesen Ausdruck nicht.)

- 2) wenn der Detentor den Besitz gegen den Willen des Besitzers eigenmächtig erwirbt. Auf diesen Fall werden wir unten noch einmal zurückkommen.
- 3) wenn Jemand den Besitz unter einer aufschiebenden Bedingung überträgt. Bis zur Erfüllung der Bedingung bleibt der Erwerbende ein bloßer Detentor, im Momente der Erfüllung wird er zum Besitzer. In diesem Falle findet nicht die *brevi manu traditio*, sondern die gewöhnliche *traditio* statt, indem der Erwerb des Besitzes, resp. des Eigenthums auf dieselbe zurückgeführt wird, und sie so nachträglich wirkt.

Erwerb des Besitzes an einzelnen Theilen.

Dieser ist, wenn man die Theile in einem streng juristischen Sinne nimmt, und sie somit als integrirende Bestandtheile des Ganzen betrachtet, nicht möglich, indem der Grundsatz gilt, daß Theile in dem Ganzen und mit dem Ganzen besessen werden. Der gedachte Grundsatz ist in der Natur der Sache selbst begründet, da an Theilen ein aparter Besitz schon *de facto* unmöglich ist, indem dieselben als ein selbstständiges Object gar nicht existiren. Es versteht sich von selbst, daß es hiebei ganz einerlei ist, ob eine Sache schon äußerlich als ein integrirender Bestandtheil eines andern Ganzen erscheint, oder ob ihr die genannte Eigenschaft juristisch zukömmt. Ein Gebäude kann ebensowenig getrennt von Grund und Boden besessen werden, wie ein Rad getrennt vom Wagen.

bereits hat, so ist die *brevi manu traditio* streng genommen ein überflüssiger Begriff. In diesem Sinne heißt es auch ausdrücklich in der L. 9. §. 5. de a. r. d.: „Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam etc.“ In anderen Fragmenten aber wird derselben Erwähnung gethan, so daß nicht geleugnet werden kann, daß sich deren Spuren in den Quellen finden. Conf. z. B. L. 62. pr. de evict. Jedenfalls ist dieselbe ein analogischer Begriff, ihr Arthpus ist die gewöhnliche Tradition.

Da der Flächenraum der Grundstücke willkürlich begrenzt wird, so daß ein Grundstück einen größeren, ein anderes einen kleineren Raum einnehmen kann, so folgt, daß ein und derselbe Flächenraum je nach Umständen Beides sein kann, nämlich entweder ein Theil oder ein selbstständiges Ganze. Ist derselbe ein Theil, so wird er mit einem anderen Grundstücke besessen, ist er es nicht, so besitzt man ihn als eine selbstständige Sache. Auf diese Eigenthümlichkeit wird hier nur darum aufmerksam gemacht, weil sie nur bei den Grundstücken statt hat.

L. 8. de rei vind. „— quae distinctio neque in re mobili, neque in haereditate locum habet, nunquam enim pro diviso possideri potest.“

Die Quellen enthalten einzelne Anwendungen des Grundsatzes, daß die Theile in dem Ganzen besessen werden, z. B. die L. 2. §. 6. pro emptore. L. 23. pr. de usurp. L. 23. §. 2. eod.

Nur eine weitere Folge des Satzes, daß Theile mit dem Ganzen besessen werden, ist der Umstand, daß dieselben nur mit dem Ganzen usucapirt werden können, so daß das vitium, quod iis obstat kein Hinderniß zur Usucapion derselben ist, wenn nur das Ganze usucapionsfähig ist, und umgekehrt. Wird daher ein Wagen gestohlen, so kann ein an denselben befindliches nicht gestohlenes Rad nicht eressen werden, wohingegen man ein gestohlenes Rad sammt einem nichtgestohlenen Wagen erßigt.

Die Regel, daß Theile mit dem Ganzen besessen und eressen werden, hat keine Ausnahmen. Der Satz nämlich, daß Baumaterialien, falls sie einem Anderen angehören als das Gebäude, mit demselben nicht usucapirt werden und daher nach der Trennung von dem Eigenthümer unbedingt vindicirt werden können (L. 23. §. 7. de rei vind. L. 59. in fine eod., L. 7. §. 11. de aeq. rer. dom.), führt keine Ausnahme ein, derselbe schließt vielmehr die obige Regel aus und zwar aus dem Grunde, weil deren Anwendung im vorliegenden Falle unbillig wäre, indem ja der Eigenthümer der Baumaterialien dieselben während der Zeit, in welcher sie mit dem

Gebäude verbunden waren, nicht vindiciren und somit deren Ersetzung nicht verhindern konnte.*)

§. 29. J. de rer. div. D. liber 47. Tit. 3. L. 23. §. 6. und 5. de rei vind.

Daher ist es auch anzunehmen, daß die Usucapion in dem Falle statthaft ist, wenn das Gebäude zusammen mit den Baumaterialien einem Eigenthümer angehört. In diesem Falle nämlich fordert die Billigkeit die Ausschließung der Usucapion nicht, da der Eigenthümer das Gebäude sammt den Baumaterialien vindiciren kann.

Noch ist die L. 3. §. 3. de poss. zu erwähnen. Aus derselben geht hervor, daß zwei Juristen, Brutus und Manilius, der Meinung waren, daß zusammen mit dem Grundstücke ein in demselben befindlicher Schatz miteressen werde. Paulus bekämpft ihre Ansicht, und mit Recht, da doch der Schatz kein integrierender Theil des Grundstücks ist und sich in demselben nur zufällig befindet.

Wird der Besitz einer Sache durch die Verbindung mit einer anderen, als deren Theil, unterbrochen? Diese Frage

*) Die Usucapion beruhet auf dem Principe, daß die Zeit ein rechtsschaffendes Element ist. Möglich, daß Zweckmäßigkeitsgründe als bonum publicum, d. h. als Erzielung eines sicheren Eigenthumsstandes ein Motiv bei deren Einführung waren, ihre juristische Basis sind sie gewiß nicht. Da die Usucapion den Eigenthumserwerb nur mit Nachtheil des früheren Eigenthümers verschafft, so fordert die höhere Gerechtigkeit, daß sie auf diejenigen Fälle beschränkt werde, in denen Letzterer Rechtsmittel in der Hand hat, sie zu verhindern. So kommt also in die Usucapionslehre ein zweites Princip hinein. Das strenge, rücksichtslose Princip, daß die Zeit neue Rechte zu schaffen vermag, giebt der Usucapion das Dasein, das billige, die Lage des Eigenthümers berücksichtigende Princip weist ihr die Sphäre der Wirksamkeit an. Man lese die L. 1. de usurp. und man wird mir beistimmen, daß dies die Anschauung des Römischen Rechts ist. Des Princips, welches der Usucapion das Dasein gab, wird in ihr freilich nicht erwähnt, sondern an seiner Statt des Zweckmäßigkeitsgrundes. Da aber dieser, wie jeder andere Zweckmäßigkeitsgrund nichts anderes als ein Motiv ist, so enthält die Erwähnung desselben tacite die bewußte oder unbewußte — darauf kommt es hier nicht an — Anerkennung des gedachten Princips.

hat nur bei der Erßigung practische Bedeutung; sie löst sich somit von selbst in die Frage auf: Wird die Erßigung unterbrochen, wenn eine Sache mit einer anderen, als deren Theil, verbunden wird? Es ist offenbar, daß nach dem strengen Rechte die gedachte Sache an und für sich nicht erßessen werden kann. Auch kann hierbei nach dem strengen Rechte vermöge der *accessio possessionis* die Zeit, während welcher die Sache selbstständig besessen wurde, nicht in Anrechnung kommen, hätte auch zur Vollendung der *Usucapion* derselbe nur eine sehr kurze Zeit, z. B. zehn Tage, gefehlt, da die *accessio possessionis* nur in dem Billigkeitsrechte wurzelt. Die strenge Durchführung dieses Grundsatzes führt zur Härte, das *summum jus* wird zur *summa injuria*. Giebt es denn keine juristische Combination, um dieses Resultat aus dem Wege zu räumen und ein dem Principe der höheren Gerechtigkeit übereinstimmendes Resultat zu erzielen? Ich glaube ja. Man darf hierbei freilich nicht davon ausgehen, daß in dem gegebenen Falle die Sache doppelt besessen werde: selbstständig und mit dem Ganzen. Dem widerspricht die Natur der Sache und die Quellen. Cf. L. 23. de usurp. Aber man kann hierbei die *accessio possessionis* zur Hülfe nehmen, wie dies zum Behufe der Ermöglichung der *Usucapion* beim Besitzerwerbe vom auctor und bei dem *precarium* geschieht, vorausgesetzt freilich, daß die Sache durch Vereinigung mit einer andern nicht specificirt wird. In diesem Falle würde nämlich die *accessio possessionis*, abgesehen davon, daß das Billigkeitsprinzip die Fortdauer des Besizes im Falle des Unterganges der Sache nicht erheischt, schon factisch nicht Platz greifen können, da dieselbe eben die Existenz der Sache voraussetzt. Es ist daher ganz in der Ordnung, wenn es in der L. 30. §. 4. de poss. heißt: „— desinimus possidere — si quod possidebam in aliam speciem translatum est etc.“

Der Annahme der *accessio possessionis* kann im Falle, wenn keine Specification der Sache vor sich gegangen ist, der Umstand nicht entgegengesetzt werden, daß sie sonst überall als Surrogat der beim Besize mangelnden Succession erscheint.

Denn erstens ist dies nicht richtig, wie das *precarium* beweiset,^{*)} und dann muß man sich hier auf einen höheren Standpunkt stellen und davon ausgehen, daß sie ihrem Wesen nach, sowie die Fictionen, ein Rechtsmittel ist, um die Härte des strengen Rechts zu mildern, wo die höhere Gerechtigkeit es erheischt. So viel scheint mir unzweifelhaft, daß die Anwendung derselben auf den vorliegenden Fall ganz im Geiste des römischen Rechts wäre. Eine andere Frage ist es freilich, ob die Entscheidung der L. 30. pr. und §. 1. de usurp. auf ihr basirt ist? Ich glaube dies bejahen zu können. Die Worte: *rerum mixtura facta an usucapionem praecedentem interrumpit quaeritur* stehen dem nicht entgegen, da ja im Falle der *accessio possessionis* die factisch eingetretene Unterbrechung der Usucapion juristisch unwirksam gemacht wird, und in Folge dessen die Usucapion ihren weiteren Lauf nimmt. Es läßt sich aber auch positiv erweisen, daß Pomponius in der angeführten L. von der *accessio possessionis* ausgeht. Wäre dies nämlich nicht der Fall, so würde dieselbe eine thatsächliche Verneinung der Unterbrechung der Usucapion enthalten müssen, was nicht anzunehmen ist, da dem andere Stellen und die Natur der Sache widersprechen würde, wie schon oben hervorgehoben wurde. Es wäre dies auch ganz gegen die Gewohnheit der Römischen Jurisprudenz. Factische Thatsachen werden im Römischen Rechte an und für sich nie in Abrede gestellt, sondern stets nur vermöge einer bestimmten juristischen Combination unwirksam gemacht. Gerade die Besitzeslehre liefert uns hierbei Belege genug. Welcher andern Rücksicht verdankt z. B. die *accessio possessionis* bei den abgeleiteten Erwerbsarten ihre Entstehung als dieser, daß

^{*)} Beim *precarium* kann die *accessio possessionis* darum als Surrogat der Succession nicht angesehen werden, weil der Besitz des Precisten kein usucapionsfähiger ist, die Anrechnung desselben also zum Behuf der Usucapion untauglich wäre. — Die Sache ist also die: Vermöge der *accessio possessionis* wird dem Concedenten nicht der Besitz des Precisten angerechnet, sondern es wird vielmehr die Zeit zur Anrechnung gebracht, während welcher der Precist die Sache besaß, gerade so, als hätte der Concedent die Sache während der gedachten Zeit besessen.

Facta, wenn sie sich ereignet haben, anerkannt werden müssen. Wäre die Succession bei dem Besitze schon factisch nicht ausgeschlossen, so wäre bei den abgeleiteten Erwerbsarten auch der accessio possessionis gewiß keine Erwähnung geschehen. Nehmen wir ein anderes Beispiel. Wäre es möglich gewesen, das Factum des Besitzerwerbes im Momente einer fehlerhaften Besitzergreifung in Abrede zu stellen, so würde in einem solchen Falle der Besitz nie entstehen können.^{*)} Noch des jus Postliminii sei hier gedacht. Dieses findet bekanntlich auf den Besitz keine Anwendung. Warum? Nur darum, weil im Momente der Gefangennehmung solche Ereignisse eintreten, welche dessen Fortdauer factisch hindern, und da sie Facta sind, nicht in Abrede gestellt werden können. Wäre es möglich gewesen, dieselbe zu leugnen, so würde dessen Anwendung auf den Besitz ganz bestimmt stattgefunden haben. Solcher Beispiele lassen sich noch sehr viele anführen, nicht allein aus der Besitzeslehre, sondern auch aus anderen Rechtstheilen.

Was die Worte: quum utrumque maneat integrum anbelangt, so drücken sie offenbar nicht aus, daß der Edelstein und das Gold im Ringe selbstständig besessen wird, sondern sie heben den Gegensatz von dem Falle hervor, wo die Sache in eine andere species verwandelt wird. Sie haben also den Sinn: da weder die Goldmasse ihr Wesen, ihre Natur verändert, wenn aus ihr ein Ring gemacht wird, noch der Edelstein, wenn er in einen Ring eingesetzt wird.

Daran, daß Pomponius die gedachten Worte nur in Verbindung mit denjenigen Sachen erwähnt, welche, wie er sich ausdrückt, non implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, kann gewiß die Behauptung nicht geknüpft werden, daß nach seiner Meinung die Fortdauer der Usucapion im Falle der Verbindung einer beweglichen Sache mit einer beweglichen, auf einer andern juristischen Combination beruht, wie im Falle der

^{*)} Das Preussische Landrecht hält dies freilich für möglich, und es betrachtet demgemäß jeden fehlerhaften Besitzer als Detentor. Vom Standpunkte der richtigen Theorie aus ist dies allerdings nicht zu billigen.

Verbindung derselben mit einer Immobilie. Die Worte: *quum utrumque maneat integrum* passen somit auf beide Fälle der Verbindung. Daß Pomponius in der angeführten L. nicht im Sinne haben konnte, die Fortdauer der Usucapion in dem Falle zu behaupten, wenn der Eigenthümer derselben sie nicht vindiciren kann von dem Besitzer resp. Eigenthümer des Hauses, versteht sich von selbst.

Wenden wir uns nun der Kritik der Ansichten anderer Juristen zu. Savigny adoptirt die Ansicht Fless's, wonach die Fortdauer der Usucapion der *tegula* und *columnae* sich darauf gründe, daß dieselben „hier nicht als eigentliche Baumaterialien stehen, sondern als solche Stücke, die blos äußerlich dem Gebäude angefügt sind.“ Diese Meinung ist nicht zu billigen, indem sie auf einer solchen Voraussetzung gebaut ist, die in der Wirklichkeit nicht existiren kann. Eine jede *columna* nämlich und ein jedes *tegulum* ist, wenn es in das Gebäude conji- cirt wird, ein Theil desselben und kein selbstständiges Ganze mehr.

Thibaut meint (Archiv f. civ. Praxis VII. pag. 79 seq.): werde eine bewegliche Sache mit einer beweglichen verbunden, so dauere deren Usucapion weiter fort, dagegen im Falle der Verbindung derselben mit einer Immobilie nur dann, „wenn nur noch zehn Tage zur Vollendung der Ersetzung fehlen sollten.“ Thibaut nimmt also die *decem dies* buchstäblich, wie überhaupt seine ganze Ansicht sich auf eine buchstäbliche Interpretation der L. 30. §. 1. de usurp. gründet.*)

Unterholzner (Verjährungslehre I. §. 40. 50.) nimmt, um die Unterbrechung der Usucapion der *tegula* und *columnae* heraus zu bekommen, die Worte *si* in der Bedeutung von *etsi* und emendirt statt *nihilominus: nihilomagus*. Abgesehen davon, daß diese Emendation gegen die erste Emendationsregel verstößt, nämlich gegen die Regel, daß bei jeder Emendation

*) Ähnliche Ansicht stellt Pape, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr., Neue Folge IV., auf; auch er nimmt die: *decem dies* buchstäblich, und er unterscheidet sich von Thibaut darin, daß er die Fortdauer der Usucapion auch im Falle der Verbindung zweier beweglichen Sachen nur dann annimmt, wenn zehn Tage zur Vollendung derselben fehlen.

nicht allein dem Requisite der *necessitas*, sondern auch dem Requisite der *modestia* Genüge gethan werden muß, steht ihr noch der Umstand entgegen, daß nicht einzusehen ist, warum im Falle der Verbindung einer mobilen Sache mit einer Immobilie andere Grundsätze zur Anwendung kommen sollten, als im Falle, wenn sie mit einer mobilen Sache verbunden wird. Es muß, glaube ich, hierbei daran festgehalten werden, daß der Grund: *quum utrumque maneat integrum*, wenn man ihn nur richtig versteht, auf beide Fälle der Verbindung paßt.

Sintenis (Archiv für civ. Praxis XX. pag. 75. sqq.) sucht ohne Emandation zu dem nämlichen Resultate zu gelangen, wie Unterholzner. Nach ihm bedeute das Wort *nihi-
lomagis* so viel als *nequaquam*; da aber dem das Wort *si* entgegensteht, so nimmt Sintenis an, daß dasselbe pleonastisch stehe.

Madai (Archiv für civ. Praxis XXV. pag. 313. sqq.) geht davon aus: „Wer sich bereits im Usucapionsbesitze einer beweglichen Sache befindet, verliert denselben durch ihre Vereinigung mit einer anderen, sei es beweglichen, sei es unbeweglichen Sache, nicht, gleichviel, ob durch diese Verbindung die einzelne Sache in ihrer Erkennbarkeit und Selbstständigkeit fort-dauert oder nicht. Die einmal an ihr begonnene Erfindung währt fort, vorausgesetzt nur, daß der Usucapient auch das verbundene Ganze besitzt.“ Die Worte: *quum utrumque maneat integrum* übersetzt Madai so: „weil beide auch nach ihrer Verbindung bewegliche Sachen bleiben.“ Diese Interpretation ist nicht im Einklange mit der Ansicht Madai's, da er auch dann die Fortdauer der Usucapion annimmt, wenn die Sache mit einer Immobilie verbunden wird.

Windscheid (Soll's Jahrbücher I. pag. 449 sqq.) stimmt im Resultate mit der hier vertheidigten Ansicht überein, kommt aber zu ihr auf anderem Wege.

Binding (Archiv für civ. Praxis XXVII. pag. 216 sqq.) macht sich die Sache sehr leicht. Er nimmt an, daß hierbei Alles darauf ankommt, ob der Besitzer den Willen hat, nicht bloß das Ganze zu besitzen, sondern auch die einzelnen Theile.

Im ersten Falle werde die Usucapion nicht unterbrochen, im letzteren trete deren Unterbrechung ein.

Die Ansicht, welche Stephan (Arch. f. civ. Pr. XXXI.) aufstellt, steht in einem offenbaren Widerspruch mit den Worten der L. 30. u. §. 1. de usurp.

Erwerb des Besizes durch Stellvertreter.

Die Lehre über den Erwerb des Besizes durch Stellvertreter läßt sich, wie Savigny richtig bemerkt, in drei Fragen zerlegen, so daß deren Beantwortung sie vollkommen erschöpft. Nämlich:

- 1) was muß der Stellvertreter thun?
- 2) was muß der Besizer thun? und
- 3) welches juristische Verhältniß muß zwischen dem Stellvertreter und dem Besizer existiren?

Ad 1. Da zur Entstehung der Detention, sofern sie ein Moment des Besizes ist, eine bestimmte, nicht allein psychische, sondern auch juristische Willensrichtung erforderlich ist, so folgt, daß die juristisch Willensunfähigen den Besiz für Andere nicht erwerben können. Die Willensrichtung des Repräsentanten muß sich, damit der Besiz entstehe, als die Absicht äußern, die Sache im Namen eines Anderen zu besizen. *) Nur im Falle der Tradition tritt davon eine Ausnahme ein, indem hier die Absicht des Tradirenden allein entscheidet, so daß der Besiz für den Besizer auch dann erworben wird, wenn der Stellvertreter im Momente der Empfangnahme der Sache den Willen hat, sie für sich oder für einen Anderen zu besizen.

L. 13. de donat. **) „Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus sic accipit quasi

*) Der Wille, die Sache für sich zu besizen, gewährt den Besiz, ausgenommen wenn der Vollende ein Slave ist. Dies kommt daher, weil zu dem Besizeserwerbe außer der entsprechenden Willensrichtung auch noch die Rechtsfähigkeit erforderlich ist.

**) Ihr steht nicht entgegen die L. 37. §. 6. de a. r. d. L. 59. eod. L. 43. §. 1. de furtis. L. 2. C. de his, qui non a dom. Cf. Savigny.

socio acquisiturus. Quaerebatur quid agere? Et placet quamvis servus hac mente acceperit ut socio acquirat, mihi tamen acquiri etc.“

Diese Ausnahme findet in Folgendem ihre Erklärung. Die Tradition ist von einem doppelten Gesichtspunkte aus aufzufassen. Auf der Seite des Tradirenden, also des Schuldners, ist sie ein Act, wodurch das zwischen ihm und dem Gläubiger bestehende Schuldverhältniß aufgelöst wird. Auf der Seite des Gläubigers ist sie ein Act, wodurch er in ein bestimmtes dingliches Verhältniß zur Sache tritt. Beide Seiten der Tradition stehen zu einander in einer inneren Beziehung, so daß die eine in die andere hineingreift. Wenn nun der Schuldner die Sache dem Stellvertreter seines Gläubigers zum Besitze tradirt, so muß angenommen werden, daß er sich dadurch von der Schuldverbindlichkeit befreit hat, indem ihn dafür kein Vorwurf trifft, daß der Stellvertreter sich seinem dominus veruntreut hat. In Folge dessen muß dann auch angenommen werden, daß nicht der Stellvertreter, sondern der Gläubiger den Besitz erwirbt, indem die Schuldverbindlichkeit nur unter der Voraussetzung in Folge der Tradition erlischt, wenn die letztere den Gläubiger in das entsprechende dingliche Verhältniß zur Sache bringt. Freilich bleibt der Auftraggeber nur momentan im Genuße des Besitzes, indem der Stellvertreter denselben nach erfolgter Tradition sofort für sich oder einen Anderen erwerben kann, was, da *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*, den Verlust des Besitzes auf Seiten des Auftraggebers mit sich bringt.

Ad 2. Da der Besitz *corpore et animo, animo utique suo, corpore vel suo, vel alieno* erworben wird, so leuchtet ein, daß der Besitzer den *animus domini* haben muß. Hieraus folgt von selbst der Satz: *ignoranti possessio non acquiritur*, so wie der Satz, daß Willensunfähige den Besitz nicht einmal im Wege der Stellvertretung erwerben können. — Der erstere Satz ist noch genauer zu erklären. Derselbe hat einen doppelten Sinn, indem er sowohl auf diejenigen bezogen werden kann, welcher überhaupt von dem Besitzeserwerbe durch den

Stellvertreter keine Kenntniß hat, als auch auf denjenigen, welcher zwar davon weiß, daß der Stellvertreter den Besitz für ihn erwerben soll, aber von dem Acte der Besitzergreifung noch keine Kunde hat. Nur in ersterem Falle findet der Besitzerwerb nicht statt. L. 13. pr. de acq. rer. dom.^{*)} — Woher kommt dies? — Die Sache ist ganz einfach. Sie ist auf die nämliche Weise zu erklären, wie ein anderer ähnlicher Fall oben von uns erklärt wurde, nämlich daraus, daß kein Grund vorliegt, anzunehmen, der Stellvertreter, welcher durch den Auftrag eine Schuldverpflichtung gegen den Auftraggeber übernommen hat, habe im Momente der Besitzergreifung seine Verbindlichkeit noch nicht erfüllt. In Betreff der Usucapion kommt aber die Regel zur Anwendung, daß dieselbe, ungeachtet der Besitz bereits im Momente der Besitzergreifung erworben wird, erst von dem Zeitpunkte an zu laufen beginnt, in welchem der Auftraggeber von dem Besitzerwerbe Kenntniß erhielt. Diese Verordnung ist sehr weise, da die Usucapion als ein Erwerbsact des Eigenthums ohne den *animus dominii* undenkbar ist, der *animus dominii* aber erst im Zeitpunkte der erhaltenen Kunde entstehen kann.

L. 1. C. de poss.

Nun ist darauf aufmerksam zu machen, daß nach dem Römischen Rechte der Herr resp. der Vater den Besitz an den Peculiensachen des Slaven resp. des Sohnes wider Willen erwirbt, ohne zuvor dazu einen speciellen Auftrag gegeben zu haben.

L. 1. §. 5. de poss.: Item acquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit etc.

Cf. auch L. 4. eod. — L. 44. §. 1. eod. — L. 24. eod. — L. 3. §. 12. eod.

Dies ist streng genommen keine Ausnahme von dem Satze: *ignoranti possessio non acquiritur*, indem sie sich, wie Pau-

^{*)} Ueber die L. 11. §. 6. de pign. act. und §. 5. I. per quas pers. aus denen die irrige Ansicht sehr leicht entstehen kann, als habe diesen Satz erst der Kaiser Severus eingeführt. Cf. Savigny pag. 364.

Ius in der citirten L. 1. bemerkt, darauf gründet, daß der Herr resp. der Vater durch die Fundirung des Peculienvermögens anticipando auf den Besitzeserwerb des Slaven resp. des Hauskinds eingewilligt hat (*quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui iis peculium habere permiserimus*). Daraus erklärt sich auch, warum der Herr resp. der Vater den Besitz unter gegebenen Umständen nur an Peculiensachen erwirbt.

Da nun der Besitzeserwerb sich in dem vorgedachten Falle auf die Annahme stützt, daß der Herr resp. der Vater den Willen dazu im Momente der Fundirung des Peculienvermögens anticipando ertheilt haben, so finde ich es ganz consequent, daß das Römische Recht den Besitzeserwerb ihrerseits auch dann zuläßt, wenn sie aus irgend welchem Grunde im Momente der Besitzergreifung juristisch willensunfähig sind (Geisteskrankheit).

L. 1. §. 5. de poss. — „igitur ex causa peculiari et infans et furiosus acquirunt possessionem et usucapiunt, et heres si hereditarius servus emat.“

Das Römische Recht geht noch weiter, dasselbe läßt nämlich den Erwerb des Besitzes auch dann zu, wenn der Herr, resp. der Vater, durch den Tod die Rechtsfähigkeit im Allgemeinen oder durch die Gefangennehmung durch eine Privatperson die Rechtsfähigkeit speciell für den Besitzeserwerb verloren haben. Das Erstere erklärt sich daraus, daß ihre Persönlichkeit in der *hereditas jacens* existirt. Das Zweite daraus, daß die Gefangennehmung durch eine Privatperson, indem sie ihre Persönlichkeit nicht im geringsten gefährdet, auch der Ertheilung der Einwilligung auf nachherigen Besitzeserwerb keinen Eintrag thun kann. Im ersteren Falle erwirbt also die *hereditas jacens* den Besitz. Als Ausnahme von dem Satze: *ignoranti possessio non acquiritur*, darf man dies nicht ansehen, da angenommen werden muß, daß die *hereditas jacens*, welche die Persönlichkeit des Verstorbenen repräsentirt, den Besitz darum erwirbt, weil der Verstorbene dazu seine Einwilligung anticipando ertheilt hat.

Es muß noch bemerkt werden, daß das Römische Recht den Satz, wonach juristisch willensunfähige Personen den Besitz

an *Peculien*sachen erwerben, auch auf die *infantes* ausdehnt. Dies ist allerdings eine wirkliche Ausnahme von dem vorgedachten *Sage*, da *infantes* ihre Einwilligung auf den Besitzserwerb *anticipando* nicht ertheilen können, indem sie niemals juristisch willensfähig waren. Diese Ausnahme ist aus Billigkeitsrücksichten entstanden. Eine andere wirkliche Ausnahme von dem gedachten *Sage*, ist der Umstand, daß moralische Personen den Besitz durch Andere erwerben. Die letztere Ausnahme stützt sich darauf, daß der Verwalter des Vermögens der moralischen Person kraft seiner Stellung zu jedem Erwerbe in ihrem Namen berechtigt ist, indem er sie in allen rechtlichen Beziehungen repräsentirt.

Ad 3. Das juristische Verhältniß zwischen dem Stellvertreter und dem Besitzer kann doppelter Art sein, nämlich a) entweder ein freies, b) oder ein abhängiges.

Ad a. Das alte Civilrecht kannte nur eine Art der Stellvertretung, nämlich die der Abhängigen. Stellvertretung freier Personen konnte nach demselben unmöglich statthast sein, da sie in dem *jus gentium* wurzelt, die Rechtsnormen aber des *jus gentium* erst in einer späteren Zeit, namentlich durch das prätorische Edict in das System des Römischen Rechts aufgenommen wurden. Das freie Stellvertretungssystem kam zuerst beim Besitze zur Geltung, sowie beim Eigenthum, sofern dessen Erwerb den Besitz voraussetzt, was z. B. bei der Tradition der Fall ist.

L. 41. de usurp. „— quamvis per procuratorem possessionem adipisci nos jam fere conveniat.“

Dasselbe gründet sich stets auf einen Auftrag, aber freilich im allerweitesten Sinne des Wortes, da denselben auch Sklaven, denen die Rechtsfähigkeit mangelt, die also keine Rechtsgeschäfte in dem streng technischen Sinne für sich abschließen dürfen, übernehmen können, falls sie, wie es sich von selbst versteht, von Niemanden beseffen werden.

L. 31. §. 2. de usurp. — L. 34. §. 2. de poss.

Wie ist es mit dem *negotiorum gestor*? — Nach der L. 42. §. 1. de poss. wird der Besitzerwerb bis zur *Ratifica-*

bition des Besizes suspendirt, was mit den allgemeinen Grundsätzen völlig im Einklange steht, indem der Besitzerwerb *animo et corpore* erfolgt, *animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno*, und indem nicht angenommen werden kann, was bei dem Mandate der Fall ist, der Besitzer habe seine Einwilligung zu Erwerbe *anticipando* ertheilt.

Ob der nämliche Grundsatz bei dem *procurator universorum bonorum* zur Anwendung kommt, wie Savigny glaubt, läßt sich mit Sicherheit nicht entscheiden. Es ist nämlich möglich, daß die Römer hierbei, im Falle wenn der *dominus* selbst die gesammte Verwaltung seines Vermögens dem Procurator übergeben hat, von dem Gesichtspunkte ausgegangen sind, Vesterer habe *implicite* auch den Auftrag auf den Besitzerwerb erhalten; woraus sich von selbst die Folgerung ergeben würde, daß der *dominus* den Besitz nicht erst durch die *Ratihabition*, sondern schon im Momente der Besitzergreifung des Procurators erwerbe.

Verlust des Besizes.

Die hier zu entwickelnden Grundsätze geben Aufschluß über Zweierlei, nämlich nicht allein über den Verlust, sondern auch über die Fortdauer des Besizes, da die Fortdauer selbstverständermaßen so lange angenommen werden muß, bis der Verlust eingetreten ist. Oben haben wir den Besitz definirt als eine aus dem *animus dominii* hervorgegangene und durch ihn fixirte Herrschaft der Person über die Sache. Hieraus folgt von selbst, daß derselbe auf eine dreifache Weise erlischt, nämlich: *corpore* allein (*Dejection*), *animo* allein (*constitutum possessorium*), und *animo et corpore* zusammen (*Tradition*).^{*)}

*) Die Fragmente, welche von einer *retentio possessionis solo animo* reden, wie z. B. die L. 4. C. de poss. L. 1. §. 25. de vi stehen damit nicht im Widerspruche, indem in ihnen das Wort *corpus* eine vulgäre Bedeutung hat. Vulgär nenne ich diese Bedeutung darum, weil in den Fällen, auf die sich die citirten Fragmente, welche übrigens nicht die einzigen sind, beziehen, die Fortdauer des Besizes in der That auf einer juristischen Anschauung beruht, nämlich darauf, daß der Mangel

L. 135. de reb. jud.: Fere, quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: quum quibus modis acquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum.*)

L. 44. §. 2, de poss.: „— ejus quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel corpore.“

Da der Besitzesverlust sowohl auf Seiten des corpus als auch auf Seiten des animus eintreten kann, so sind zwei Fragen zu beantworten:

- 1) In welchem Grade muß, damit der Besitz erhalten wird, das corpus sein?
- 2) In welchem der animus? **)

einer thatsächlichen ununterbrochenen Einwirkung auf die Sache durch die Stetigkeit des Willens aufgewogen wird, so daß also auch im Falle, wenn der Besitzer auf die Sache unmittelbar nicht einwirkt, das corpus da ist, so lange überhaupt nur die Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache statt hat.

*) Das Wort „utrumque“ bezieht sich nicht, wie Savigny überzeugend dargethan hat, auf corpus und animus zusammen, sondern auf corpus und animus besonders. Es ist also nicht zu übersetzen mit: Beides, sondern mit: Eins von Beiden. Kierulff ist anderer Meinung. Nach ihm kann der Besitz solo animo vel solo corpore überhaupt nicht verloren gehen, indem der Mangel des einen der genannten beiden Momente gleichzeitig den Mangel des anderen nothwendigerweise nach sich ziehe. Dem ist nur theilweise beizupflichten. Wenn der Besitzer den animus non possidendi faßt, so kann freilich von dem corpus nicht mehr die Rede sein, indem dieses selbstverständlich den Willen des Subjects voraussetzt. Aber anders ist es in dem Fall, wenn der Besitzer den Besitz animo verliert; es wäre offenbar willkürlich, hier den animus, wenn er wirklich da ist, leugnen zu wollen. Dessen ungeachtet kann von dem Besitzverluste solo animo geredet werden, wenn man nur diesen Ausdruck richtig versteht.

**) Savigny bemerkt sehr richtig Folgendes: „Aber Unterschied, der zwischen den Bedingungen des Erwerbes und der Fortdauer angenommen werden soll, kann durchaus nur den Grad, nicht das Wesen

Ad 1. Daran, daß der Besitz ein durch den Willen der Person fixirtes Verhältniß ist, knüpft sich von selbst der weitere Satz, daß dessen Dauer keine momentane sein kann. Daher ist zu dessen Erhaltung eine in jedem Augenblicke ununterbrochen fortdauernde Einwirkung auf die Sache nicht erforderlich. Der Besitzesverlust tritt vielmehr erst dann ein, wenn der Besitzer nicht mehr im Stande ist, diejenige Handlung vorzunehmen, welche zum Erwerbe desselben erforderlich war. Entscheidend ist hierbei also nicht die thatsächliche Einwirkung auf die Sache, sondern die Möglichkeit derselben.

Dieser aus der Natur der Sache abgeleitete Satz erhält eine Modification in einem ganz speciellen Falle, nämlich dann, wenn die Sache sich in der custodia des Besitzers befindet, d. h. wenn derselbe bestimmte Anstalten zu ihrer Aufbewahrung angeordnet hat. Der Besitz geht nämlich dadurch nicht verloren, wenn der Besitzer den Ort, in welchem die Sache verwahrt ist, in einem bestimmten Zeitmomente nicht auffinden kann, sobald nur, wie es sich von selbst versteht, die Möglichkeit der Auffindung der Sache in der Zukunft vorhanden ist, indem daraus keine andere Schlussfolgerung gezogen werden kann, als die, daß er den Ort schlecht gesucht hat. Diesen Grund giebt auch die L. 3. §. 13. de poss. an: „— quia praesentia ejus sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.“

Ähnlich drückt sich auch die L. 44. pr. eod. aus: „— nec infirmitatem memoriae damnum afferre possessionis, quam alius non invasit etc.“

Regel und deren Modification stellt Nerva in der L. 3. §. 13. de poss. auf. Sie lautet: Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, haecenus possideri. Item quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus etc.*)

dieser Bedingungen betreffen, d. h. es muß sich immer ein Punkt annehmen lassen, auf welchem aller Unterschied völlig verschwindet.“

*) Nerva hat vollkommen Recht, wenn er die obige Regel auf bewegliche Sachen mit Ausnahme der Sklaven einschränkt, indem ein

Demnach geht der Besitz speciell verloren im Falle des Unterganges oder Verlustes der Sache (L. 25. pr. de poss.), im Falle des Todes oder der Gefangennehmung des Besitzers, da *possessio plurium in solidum esse non potest* im Falle des Besitzerwerbes durch einen Dritten,⁹⁾ im Falle wenn der Zutritt zur Sache unmöglich ist (L. 13. eod.) u. s. w.

Der Besitz der wilden Thiere und Fische hört auf, wenn sie aus dem Orte, in dem sie sich in der Gewalt des Besitzers befinden, wirklich entsprungen sind. Als wirklich entsprungene gelten sie dann: *si oculos nostros effugerint vel ita sint in conspectu nostro ut difficilis sit earum persecutio*. L. 5. de acq. rer. dom. — Der Besitz gezähmter Thiere wird verloren, wenn sie, nachdem sie aufgehört haben, *revertendi animum* zu haben, d. h. nachdem sie wieder wild geworden sind, entspringen. L. 5. §. 5. de acq. rer. dom. — Grundstücke werden so lange besessen, bis der Besitzer davon Kenntniß erhält, daß sie von Jemand Anderem occupirt wurden, und den Gegner zu vertreiben entweder nicht im Stande ist, oder auf dessen Vertreibung verzichtet. L. 25. §. 2. de poss. L. 18. §. 3. und 4. eod. L. 3. §. 8. eod. L. 46. eod. — Nach Savigny geht der Besitz im ersten Falle corpore, im zweiten animo verloren. Dem kann ich nicht beistimmen; ich glaube, daß derselbe in beiden Fällen corpore erlischt. Verhielte sich die Sache so wie Savigny behauptet, so würde dem Dejicirten im Falle des Verzichtes auf Vertreibung des Gegners das *interd. de vi* nicht zustehen können, da dasselbe den Erwerb des Besitzes wider Willen des vorigen Besitzers voraussetzt. Der Umstand aber, daß der Dejicirte das *interd. de vi* in dem gedachten Falle hat, bedarf keines Beweises, indem es sich von selbst versteht, daß die Dejection sich in Folge

servus fugitivus so lange besessen wird, bis Jemand Anderer den Besitz desselben erworben hat (L. 13. de poss.), und indem beim Besitze des Grundstücks eine ganz specielle Bestimmung zur Anwendung kommt.

⁹⁹⁾ Im Falle der Dejection und Entwendung geht der Besitz verloren ohne alle Rücksicht darauf, ob der Dejicirende oder der Dieb ihn erwirbt, oder nicht.

des Verzichtes auf Vertreibung in eine Nichtdejection nicht verwandelt. Die L. 25. §. 2. de poss. kann als Beleg für die Ansicht Savigny's nicht angeführt werden.

Aus dem angeführten Saze ergibt sich, daß der Besitzerwerb eines Grundstücks clam vor sich nicht gehen kann. L. 6. §. 1. de poss.

Worauf gründet sich derselbe? Nimmt man auf den Invasor allein Rücksicht, so ist kein Grund vorhanden, ihm den Besitzerwerb im Momente der Invasion abzusprechen, da er in diesem Momente sowohl die Möglichkeit, über das Grundstück beliebig zu verfügen, als auch den animus domini hat. Hieraus ergibt sich nun von selbst der Verlust des Besitzes, da plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Nimmt man dagegen Rücksicht auf den Besitzer, so muß man sich für die Fortdauer des Besitzes entscheiden, da es möglich ist, daß er den Invasor, wenn er die Invasion erfährt, desiciren wird. Dies führt dann von selbst zu der Annahme, daß der Invasor kein Besitzer, sondern nur ein Detentor des Grundstücks ist. Welcher Gesichtspunkt relativ der richtigere ist, läßt sich nicht bestimmen. Es kommt Alles darauf an, welches Rechtsprincip man hiebei zu Grunde legt. Nach dem strengen Rechtsprincipe muß man sich für den Verlust des Besitzes entscheiden, nach dem billigen dagegen für dessen Fortdauer. L. 25. §. 2. de poss. in fine „et id utilius videtur etc.“ Da nun in dem älteren Rechte das strenge Rechtsprincip ausschließlich zur Geltung kam, so scheint mir die Annahme sehr wahrscheinlich, daß die gedachte Regel des römischen Rechts über den Besitzerwerb der Grundstücke einer späteren Zeit ihre Entstehung verdankt. Ja selbst in den Quellen finden wir noch Spuren der älteren Ansicht. L. 6. §. 1. de poss. Es heißt hier, Labeo habe sich in diesem Falle für den Besitzerwerb ausgesprochen, wenn das Grundstück in Abwesenheit des Besitzers, der zum Jahrmarkt gereiset ist, occupirt wurde.*)

*) Ulpian läßt sich in eine Widerlegung der Ansicht Labeo's nicht ein, sondern er entscheidet den gedachten Fall nach seiner eigenen Meinung, und er nimmt die Fortdauer des Besitzes an.

Es läßt sich die Frage aufstellen, weshalb diese Regel im späteren Rechte auch auf bewegliche Sachen nicht ausgedehnt wurde? Davor hat die Römischen Juristen ihr gesunder juristischer Sinn gewahrt, da es doch offenbar sinnlos wäre, zu behaupten, daß Jemand noch die Möglichkeit habe, über eine Sache zu verfügen, welche aus dem Orte, in dem er sie gelassen hat, von einem Anderen genommen und — was gewiß hierbei der gewöhnliche Fall sein wird — von ihm wohl verwahrt wurde. Die Billigkeitsrücksicht darf nicht bis zur Absurdität führen.

Es ist streitig, ob der Besitz eines Grundstücks verloren werde, wenn der Besitzer aus demselben aus Furcht vor einer Gefahr entflieht. Wir wollen diesen Fall zunächst ohne alle Rücksicht auf die Quellenäußerungen, also aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen erörtern. Da dem fliehenden Besitzer, wenn besondere Umstände nicht vorliegen, keine andere Absicht unterlegt werden kann, als die, der Gefahr zu entgehen, so folgt von selbst, daß von dem Besitzverluste *animo* keine Rede sein kann. Aber auch von der Seite des *corpus* aus tritt der Besitzverlust nicht unbedingt ein, sondern nur dann, wenn derjenige, vor welchem der Besitzer geflohen, dasselbe wirklich occupirt hat. Die Richtigkeit der Behauptung, daß der Besitz ohne geschahene Occupation weder *corpore* noch *animo* erlischt, wird dadurch indirect bestätigt, daß nach dem Justinianischen Rechte der Besitz der Grundstücke im Falle der Invasion erst dann verloren geht, wenn der Besitzer nach erhaltener Kenntniß den Invasor aus demselben zu dejiciren nicht im Stande war oder es überhaupt nicht versucht hat. Wenn also die wirkliche Occupation des Grundstücks den Besitzverlust unbedingt nicht mit sich bringt, so kann dies die bloße Flucht des Besitzers, wenn keine Occupation des Grundstücks erfolgt ist, gewiß nicht bewirken können. Man wende nicht ein: da der Besitzer des Grundstücks den Besitz desselben verliert, wenn er nach erhaltener Kenntniß von der Invasion auf die Vertreibung des Gegners verzichtet, so müsse consequenterweise behauptet werden, der Besitz des Grundstücks gehe im Momente der Flucht des Besitzers verloren, in-

dem ihm die Absicht des Gegners nicht unbekannt ist und er durch die Flucht die Absicht, dem Gegner keinen Widerstand leisten zu wollen, an den Tag lege. Dieser Einwand wäre darum unstatthaft, weil zwischen den beiden gedachten Fällen keine Analogie stattfindet, da nur im ersten, nicht aber auch im zweiten eine Occupation des Grundstücks eintritt. Es leuchtet übrigens von selbst ein, daß, wenn man einmal die Flucht des Besitzers als ein Aufgeben des Besitzes auffassen will, dies nur bedingungsweise zulässig ist, da selbstverständlich nur unter der Voraussetzung von einem Verzicht des Besitzers auf Vertheidigung des Besitzes die Rede sein kann, wenn die Sache von einem Anderen occupirt wird. Es läßt sich aber bestimmt erweisen, daß die Römischen Juristen die Flucht des Besitzers auch im Falle der Invasion des Grundstücks als ein Aufgeben des Besitzes nicht aufgefaßt haben, nämlich durch den Umstand, daß in dem genannten Falle eine Dejection statt hat, und somit das *interd. de vi* zulässig ist. Cf. L. 1. §. 29. *de vi*, welche wir bald genauer durchnehmen werden. Wäre der Besitz im Falle der Invasion *animo* verloren worden, so würde der Besitzer kein *interdictum de vi* anstellen können, da dieses den Besitzverlust gegen den Willen des Besitzers voraussetzt. Dagegen ließe sich aber der Einwand nicht erheben, das *interdictum de vi* sei darum statthaft, weil es bei demselben nicht auf die Art des Besitzverlustes, sondern lediglich auf die Art des Besitzerwerbes ankommt, der Occupant aber, wenn auch der frühere Besitzer seinen Besitz *animo* verloren hat, auf eine gewaltsame Weise zu dem Besitze gekommen ist. Allerdings hängt die Frage, ob ein bestimmtes *recuperatorisches* Interdict statthaft ist oder nicht, davon ab, in welcher Art der Besitz von dem Beklagten erworben wurde. Aber andererseits ist auch nicht in Abrede zu stellen, daß die Art des Besitzerwerbes mit der Art des Besitzverlustes in einem inneren Zusammenhang steht, so daß von einem gewaltsamen Besitzerwerke nur dann geredet werden kann, wenn der vorige Besitzer seinen Besitz *corpore* verloren hat.

Wenden wir uns nun zu den Quellen. Dieselben bestätigen die oben entwickelte Ansicht.

L. 9. pr. quod metus. In ihr heißt es: Pomponius habe nach einer genaueren Definition des Begriffes des metus die Frage erörtert, ob eine Dejection des Besitzers stattgefunden habe, wenn derselbe vor einem bewaffneten Gegner, dessen Ankunft er in Erfahrung gebracht hat, aus dem Grundstücke entflohen ist. Diese Frage beantwortet Pomponius, indem er sich der Ansicht Labeo's anschließt, verneinend: quoniam non videor vi dejectus, qui deici non exspectavi, sed profugi. Dann wird bemerkt, daß die Sache sich anders verhalte, wenn der Besitzer aus dem Grundstücke bereits nach der Ankunft der homines armati entflieht.

L. 3. §. 6. de vi. Ulpian meint: Ist der Besitzer aus dem Grundstücke entflohen aus Furcht vor bewaffneten Leuten, welche er ankommen sah, und sind die Leute nicht in der Absicht gekommen, um gerade ihn des Besitzes zu entsetzen (qui alibi tendebant), so findet keine Dejection statt, quia non hoc animo erant, qui armati erant, sed alio tendebant.

Daraus ergibt sich also, daß nach der Meinung Ulpian's eine Dejection stattgefunden hätte, wenn die homines armati in der Absicht gekommen wären, um gerade den entflohenen Besitzer zu dejectiren. Darüber, in welchem Momente die Dejection im gedachten Falle eintreten würde, spricht sich Ulpian nicht aus. Es ist aber für gewiß anzunehmen, daß er den Zeitpunkt der Flucht nicht gemeint habe, sondern den Zeitpunkt der Invasion, indem der Begriff der Dejection selbstverständermaßen eine entsprechende Handlung voraussetzt,*) diese Handlung aber erst im Momente der Invasion eintritt.

L. 1. §. 29. de vi. Labeo meint: Ist Jemand metu turbae perterritus entflohen, so ist er als ein vi dejectus anzusehen, vorausgesetzt, daß eine Invasion wirklich vor sich gegangen ist. Diese Voraussetzung hebt zwar Labeo ausdrücklich

*) Wir kommen darauf bei der Begriffsbestimmung der Dejection noch einmal zurück.

nicht hervor, er läßt sie vielmehr unerwähnt als eine bekannte Sache. Daß wir dem *Pabeo* eine Voraussetzung nicht unterlegen, die er im Sinne nicht gehabt, geht aus der bereits angeführten *L. 9. pr. quod metus* hervor. Die nachfolgenden Worte: *Sed Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere*, enthalten nicht eine Widerlegung der Ansicht des *Pabeo* und sie können dieselbe auch gar nicht enthalten, da *Pomponius* hierüber mit *Pabeo* einer Meinung war, wie die eben angeführte *L. 9. pr. quod metus* zeigt. *Pomponius* fügt also nur das hinzu, was *Pabeo* stillschweigend vorausgesetzt hat. „*Sed*“ bildet somit den Uebergang. *Ulpian* wendet nun die Theorie des *Pabeo* und *Pomponius* auf einen einzelnen Fall an und zwar mit folgenden Worten: demgemäß*) sei derjenige als ein *vi dejectus* anzusehen, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem.

L. 33. §. 2. de usurp. scheint auf den ersten Blick einer anderen Meinung Raum zu geben, aber nach genauerer Ueberlegung überzeugt man sich, daß sie mit der hier als richtig angenommenen Ansicht in Einklang gebracht werden kann. Man kann nämlich annehmen, daß die Worte: *quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit*, sich nicht auf die nachfolgenden Worte: *vi dejectus videtur* beziehen, sondern auf die vorhergegangenen Worte: *atque ita profugerit*. Das Fragment hat also den Fall vor Augen, wenn die *homines armati* in das Grundstück nach der Flucht des Besitzers wirklich eingedrungen sind. Bei der Begriffsbestimmung der *Dejection* werden wir auf diese *L.* noch einmal zurückkommen.

Ad 2. Wann wird der Besitz *animo* verloren?

Der Besitz erlischt *animo* nur in Folge eines *animus contrarius*, der sich auf verschiedene Weise äußern kann, durch

*) Ich lese nämlich mit *Savigny* nicht *Ego*, sondern *Ergo*. Das *Ego* würde ganz sinnlos sein. Damit ist freilich nicht gemeint als ob *Pabeo* und *Ulpian* der Begriffsbestimmung der *Dejection* des *Pomponius* beigetreten wären, es wird vielmehr an seinem Orte

Worte, Handlungen, *) Unterlassungen. **) Dies kommt daher, weil der *animus domini* wegen der Stetigkeit und Continuirlichkeit, die ihm, wie jedem anderen Willen zukömmt, so lange als fortdauernd anerkannt werden muß, bis sich das Gegentheil ergiebt. Savigny kommt zu dem nämlichen Resultate, indem auch er den *animus contrarius* als ein entscheidendes Moment bei dem Besitzesverluste anerkennt, aber er geht von einem anderen Gesichtspunkte aus, nämlich davon, daß hiebei alles auf „die Möglichkeit einer Reproduction des ursprünglichen Willens in jedem Augenblicke“ ankommt. Freilich glaubt Savigny, daß das Requisit einer Möglichkeit der Reproduction des Willens nur ein anderer Ausdruck sei für das Requisit des *animus contrarius*, ***) aber mir scheint, daß das erstere

gezeigt werden, daß höchst wahrscheinlich nur Pomponius annahm, daß die *vis sine corporali vi* nicht Platz greift.

*) Als eine solche Handlung darf die Anstellung der *rei vindicatio* nicht angesehen werden, worauf auch die L. 12. §. 1. de poss. hinweist: „— non denegatur ei interd. uti possid., qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renunciassse, qui rem vindicavit.“ Dies versteht sich von selbst. Das Sachverhältniß ist nämlich folgendes: Der Besitzer hat kein Bedürfniß die *rei vindicatio* anzustellen, indem dieselbe eben nichts anderes bezweckt, als ihm durch Verschaffung des Besitzes den vollen Genuß des Eigenthums zu gewähren. Wenn daher der Besitzer mit der genannten Klage klagt, so kann dies seinen Grund nicht in dem Verzicht auf den Besitz haben, vielmehr ist anzunehmen, er habe im Momente der Anstellung derselben davon kein Bewußtsein gehabt, daß er Besitzer ist. Savigny giebt eine andere Erklärung, die mir künstlich und nicht überzeugend zu sein scheint. Ich vermag keinen Grund zu finden, warum die Gesetze die Handlung des Besitzers, wenn er in Unwissenheit oder *error juris* sich befindet, so günstig beurtheilen sollten.

**) Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn der Besitzer sein zum Bebauen bestimmtes Grundstück mehrere Jahre hindurch aus Nachlässigkeit, überhaupt aus freiem Entschluß nicht bebaut hat. L. 37. §. 1. de usurp. Dagegen darf aus dem nicht Bebauen des Grundstücks der *animus contrarius* nicht gefolgert werden, wenn der Besitzer dessen Bebauung aus Furcht unterlassen hat. L. 4. C. de poss.

***) Wörtlich sagt Savigny: „Es ist nur ein anderer Ausdruck derselben Ansicht, daß zum Verlust des Besitzes, wenn er durch *animus*

Requisit einen ganz andern Sinn hat, als das letztere. Käume es bei dem animus auf das Nämliche an, wie bei dem corpus, so würde der Besitz einer im Zustande der geistigen Gesundheit befindlichen Person animo überhaupt nie verloren gehen können, indem eine jede solche Person den animus dominii zu fassen in jedem Augenblicke fähig ist, da der Wille des Menschen durch keine äußeren Hindernisse gehemmt werden kann, jeder Mensch vielmehr ein absoluter Herr seines Willens ist.^{*)} Andererseits würde ein Wahnsinniger im Momente des eingetretenen Wahnsinns den Besitz sofort verlieren müssen. Savigny sucht zwar den Umstand, daß der Wahnsinnige den Besitz nicht verliert, mit seiner Ansicht zu vereinigen, aber durch solche Gründe, die Niemand überzeugen können. Er meint, der Besitz gehe darum im genannten Falle animo nicht verloren, weil in demselben die Unmöglichkeit der Reproduction des ursprünglichen Willens „lediglich subjectiv und zufällig ist.“ Ich denke, die Reproduction des Willens ist und muß immer subjectiv sein, da der Wille einer Person selbst subjectiver Natur ist.

Daran, daß der Besitz animo nur in Folge eines animus contrarius erlöschen kann, knüpft sich eine wichtige Folgerung, nämlich, daß juristisch willensunfähige Personen durch sich selbst den Besitz animo überhaupt nie verlieren können. Dahin gehören Wahnsinnige, Unmündige, gleichviel ob sie infantes oder pupilli^{**)} sind (L. 29. de poss.) und moralische Per-

vor sich gehen soll, wieder ein neuer aber umgekehrter Entschluß (animus in contrarium actus) erfordert wird.“

*) Das Gegentheil muß freilich Savigny von seinem Standpunkte aus behaupten. Er meint: „denn in diesem Momente (nämlich im Momente des zuerst gefaßten animus contrarius) ist die Reproduction des ursprünglichen Willens durch die entgegengesetzte Bestimmung des Willens schlecht hin unmöglich, und diese Unmöglichkeit ist es, worauf eben sowohl als auch auf die physische Unmöglichkeit der Verlust des Besitzes erfolgen muß.“

**) Damit ist das übereinstimmend, was die L. 11. de a. r. d. bemerkt: „Pupillus — alienare vero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore et ne quidem possessionem, quae est naturalis.“ Denn

sonen. Da die genannten Personen darum willensunfähig sind, weil ihnen die zum Abschluß der Rechtsgeschäfte erforderliche Einsicht mangelt, und da die Invasiön eines Grundstückes den Besitzverlust desselben erst nach erhaltener Kenntniß des Besitzers mit sich bringen kann, so scheint daraus zu folgen, daß gedachte Personen den Besitz des Grundstückes während der Dauer ihres Zustandes überhaupt nicht verlieren können, indem sie nicht im Stande sind, die Invasiön desselben in Erfahrung zu bringen. Savigny zieht wirklich die genannte Consequenz, ich glaube aber, daß dieselbe nicht im Sinne des Römischen Rechts ist. Der Satz nämlich, der Besitz der Grundstücke könne in Folge der Invasiön vor erhaltener Kenntniß des Besitzers nicht verloren gehen, beruht auf der juristischen Combination, daß der Besitzverlust erst dann zu einem sicheren Factum werden kann, wenn es sich durch Unmöglichkeit der Vertreibung des Gegners aus dem Grundstück herausstellt, daß der vorige Besitzer keine Möglichkeit, über die Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen, hat. Damit ist nicht gesagt, daß der vorige Besitzer die Vertreibung des Gegners versuchen muß, er kann von ihr ganz absehen, nur muß freilich auch im letzteren Falle der Besitzverlust corpore eben so gut behauptet werden, wie im ersteren, da auch in ihm sich herausstellt, daß der Besitzer keine Möglichkeit, über die Sache zu verfügen, hat. Ist nun dies der Grund des gedachten Satzes, ist namentlich der Umstand richtig, daß der Besitz im Falle der Invasiön des Grundstückes niemals animo, sondern stets corpore verloren geht, so ergiebt sich von selbst, daß die von Savigny behauptete absolute Unfähigkeit der juristisch Unfähigen nicht statt-

die Alienation setzt den consensus beider Partheien voraus, der Pupill aber dessen ohne die Auctorität des Vormundes unfähig ist. Daraus folgt, daß in diesem Falle auch von der Tradition nicht die Rede sein kann, indem die Tradition ihrerseits eine wirksame obligatio voraussetzt. Wenn daher der Pupill die Sache übergiebt, so erwirbt der Empfänger einen Besitz, der mit dem Besitze des Pupillen in gar keinem Zusammenhange steht, dem somit die accessio possessionis, welche bekanntlich ein Surrogat der Succession ist, nicht zu gute kommt.

haben kann. *) Savigny führt die L. 27. und 29. de poss. an, aber die beiden Fragmente stellen mit ganz klaren Worten nur den Besitz animo in Abrede, und können also als Argument in dem vorliegenden Falle nicht benutzt werden, da in ihm der Besitz corpore verloren geht. Ueberdies bemerkt auch die L. 29. ausdrücklich, daß der Pupill den Besitz corpore verlieren kann, was sich übrigens von selbst versteht.

Erhaltung des Besitzes durch Repräsentanten.

Durch wen wird der Besitz erhalten? — Durch diejenigen, welche sich in der Gewalt des Besitzers befinden (Hauskinder, Sklaven)*), durch Vormünder und Curatoren, endlich durch Auftragnehmer.

Im ersten Falle gründet sich die Stellvertretung auf ein Gewaltverhältniß, im zweiten auf ein Amtsverhältniß (*munus*), im dritten auf einen Vertrag, der aber nicht in dem streng juristischen Sinne zu nehmen ist, indem ihn auch fremde Sklaven eingehen können. L. 31. §. 2. de usurp.

In welcher Art verliert der Besitzer selbst den Besitz, wenn Jemand Anderer in seinem Namen besitzt? — Da der Besitzer die Sache im vorliegenden Falle animo suo, corpore alieno besitzt, so leuchtet ein, daß ein Verlust des Besitzes seinerseits corpore factisch unmöglich ist.

In welcher Art verliert der Stellvertreter den Besitz? —

*) Wangerow (§. 207. N. 1.) stellt die nämliche Behauptung auf, ohne dieselbe zu begründen. Seine Versicherung nämlich, daß die gedachte Regel des Römischen Rechts ganz bestimmt auf den Fall zu beschränken sei: si quis solo animo fundum possidet, kann offenbar eine wissenschaftliche Begründung nicht ersetzen.

**) Bei Sklaven tritt der Umstand ein, daß der Besitz im Falle, wenn dieselben die Sache ihrem eigenen Herrn, von dem sie besessen werden, stehlen, nicht erlischt, wenn die Sache sich in ihrem Gewahrsam befindet. L. 15. de poss. Der Herr besitzt die Sache darum, weil er den Sklaven besitzt. Die L. 33. §. 6. de usurp. und L. 40. pr. de poss. enthalten eine Anwendung des obigen Satzes auf den Besitz des Pfandes, wie Savigny richtig bemerkt.

Diese Frage zerlegt sich, wie Savigny ganz richtig bemerkt, in zwei Unterfragen, nämlich:

- 1) In welcher Art geschieht der Besitzverlust, wenn der Stellvertreter selbst den Besitz erwirbt?
- 2) In welcher Art, wenn ihn ein Dritter oder überhaupt Niemand erwirbt?

Ad 1. Da der Repräsentant die Sache bereits corpore hat, so ist zum Erwerbe des Besitzes seinerseits nur der *animus dominii* erforderlich. Das Römische Recht scheint andere Bestimmungen zu enthalten, indem es verordnet, daß der Stellvertreter den Besitz einer mobilen Sache durch das *furtum* *) (L. 3. §. 18. de poss.) und den Besitz eines Grundstücks nicht im Momente der Occupation, sondern im Momente, wenn es sich herausgestellt hat, daß der Besitzer den Gegner nicht heraus treiben kann, oder wenn der Besitzer auf dessen Vertreibung überhaupt verzichtet. Dies ist indessen nicht der Fall. Der Erwerb des Besitzes einer beweglichen Sache durch den Stellvertreter setzt darum ein *furtum* voraus, weil dessen *animus domini* sich in dem *nemo sibi causam possessionis mutare potest* durch concludente Handlungen äußern muß, und jede thatsächliche Aeußerung desselben, da das *furtum* im Römischen Rechte eine sehr weite Bedeutung hat, ein *furtum* enthält, indem in einem solchen Falle, sowohl die *Contrectatio* — sie ist eben hier eine thatsächliche Aeußerung des *animus dominii* — als auch der zum *furtum* qualificirende Wille vorhanden sind. Ebenso wenig

*) Die L. 1. §. 2. de furtis u. L. 67. eod. geben den Begriff des *furtum* mit Rücksicht auf obigen Fall an. — In der L. 20. de poss. wird gesagt, daß die Weigerung, die geliehene Sache herauszugeben, je nach Umständen ein *furtum* sei oder nicht. Sie sei dann ein *furtum*, wenn keine *justa ac rationabilis causa non reddendi* vorhanden ist. Dies ist ganz richtig, indem in einem solchen Falle gewiß der zum *furtum* qualificirende Wille vorhanden ist. Der *Contrectatio* erwähnt die angeführte L. darum nicht, weil es sich von selbst versteht, daß sie in der Weigerung die Sache herauszugeben enthalten ist.

ist die Bestimmung in Betreff der Grundstücke eine Ausnahme von dem Grundsätze, daß der Stellvertreter den Besitz *animo* erwirbt, indem dieselbe nur die näheren Voraussetzungen an giebt, unter denen der *animus* des Stellvertreters zum Behuf des Besitzerwerbes wirksam wird.

Noch ist auf L. 47. *de poss.* aufmerksam zu machen. Dieselbe sagt: daß derjenige, welcher die Sache bei einem Andern deponirt hat, ihren Besitz schon in dem Momente verliert, in welchem der Depositär die Absicht faßt, sie in seinem eigenen Namen zu besitzen. Nach ihr tritt also der Besitzverlust des Deponenten noch vor dem Besitzerwerbe des Depositärs ein, indem sie ebenfalls an dem Grundsätze festhält, daß der Auftragnehmer den Besitz nur durchs *furtum* erwerben kann. Den Grund giebt die *Lex* folgendermaßen an: *cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque ommissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit.* Nur bei Sklaven nimmt die *Lex* eine Ausnahme an, aus dem Grunde: *quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare.*

Der Widerstreit zwischen der L. 47. und L. 3. §. 18. *de poss.* ist nicht in Abrede zu stellen. Die L. 47. betrachtet den Verlust des Besitzes ohne alle Rücksicht darauf, ob derselbe durch den Repräsentanten erworben wird oder nicht, dagegen macht ihn die L. 3. vom Erwerbe durch den Repräsentanten abhängig. Die L. 47. geht also von dem strengen Rechtsprincipe, dagegen die L. 3. vom Billigkeitsprincipe aus. Zur näheren Verständniß der L. 47. ist zu bemerken, daß in derselben ganz bestimmt der Fall vorausgesetzt wird, wenn der Besitzer nach Aufhören der *custodia* keine Möglichkeit hat, über die Sache zu verfügen. Dies wird bestätigt durch den Inhalt der L. 3. §. 13. *de poss.*, in welcher eine vom Juristen *Nerva* über den Besitzverlust beweglicher Sachen aufgestellten Regel vorgetragen wird. Es ist nämlich nicht denkbar, daß der Jurist *Nerva*, dessen Ansicht *Papinian* in der L. 47. anführt, den

vorliegenden Fall anders entschieden haben sollte, als nach der in der L. 3. §. 13. von ihm aufgestellten Regel.

Ad 2. Hier sind drei Fälle zu unterscheiden:

- a) wenn Niemand die Sache detinirt,
- b) wenn Jemand sie detinirt und
- c) wenn Jemand sie besitzt.

Ad a. In Ermangelung ausreichender Quellenzeugnisse wollen wir den Fall aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen beantworten. Eine allgemeine, alle Fälle umfassende Regel konnte hierbei unmöglich existiren, wegen der Mannigfaltigkeit derselben. Es ist als gewiß anzunehmen, daß hierbei ein Unterschied stattfand zwischen den beweglichen Sachen und den Immobilien und daß der Besitzverlust an ersteren weit eher eintrat, als an letzteren. Es liegt nämlich in der Natur der unbeweglichen Sachen, daß im Falle, wenn der Repräsentant deren Detention verliert, dem Besitzer die Möglichkeit, über dieselben zu verfügen, dadurch sofort nicht abgeschnitten wird, wie dies bei den beweglichen Sachen meistens der Fall ist. So können z. B. die Immobilien niemals verloren werden. Die L. 40. §. 1. de poss. ist hier anzuführen; in derselben heißt es: Stirbt der colonus, durch welchen der Besitzer das Grundstück besaß, so werde der Besitz durch dessen Tod ipso facto nicht unterbrochen, der Besitzverlust trete vielmehr erst dann ein, wenn der Besitzer aus Fahrlässigkeit unterläßt, das Grundstück in Besitz zu nehmen, (si dominus possessionem adipisci neglexerit.) Das nämliche trete aber auch dann ein, wenn der colonus die Detention des Grundstücks aufgegeben hat.

Ad b. Nur in zwei Fällen kann die bloße Detention einer Sache, die der Repräsentant im fremden Namen besaß, erworben werden, nämlich wenn der Detentor nur psychisch und nicht zugleich juristisch willensfähig ist, und dann, wenn der Detentor ein Grundstück clam occupirt. In beiden Fällen geht der Besitz in Folge der Detention des Dritten nicht verloren. In Betreff des ersten Falles ist dies wahrscheinlich, in Betreff des zweiten ist dies ganz gewiß.

Ad c. Hier kann kein Zweifel darüber obwalten, daß

der Besitz erlischt, und zwar nach dem Grundsatz: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. Cf. L. 40. §. 1. de poss. in fine.

Justinian hat in der L. 12. C. de poss. eine durchgreifende Regel für alle drei Fälle eingeführt. Nach der genannten L. soll der Besitz als fortdauernd angesehen werden, wenn der Repräsentant die Detention der Sache aus böser Absicht oder aus Fahrlässigkeit aufgegeben hat. Im Original lautet die L. 12. folgendermaßen: „— ut sive servus, sive procurator — corporaliter nactam possessionem dereliquerit, vel alii prodiderit, *desidia forte vel dolo*, ut locus apperiat alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praejudicii generetur, ne ex aliena *malignitate* alienum damnum emergat.“

Noch sei bemerkt, daß Justinian in der eben citirten Lex eines Streites unter den Römischen Juristen Erwähnung thut (*Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri Numinis auris relatum tollentes etc.*). So viel steht fest, daß kein Römischer Jurist annehmen konnte, daß der frühere Besitzer nach Entstehung eines neuen Besitzes die Sache fortbesitze, indem eine solche Annahme gegen den Cardinalgrundsatz des Römischen Rechts verstoßen würde, nach welchem: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. Ebenso scheint es mir sicher zu sein, daß die Fortdauer des Besitzes dann allgemein angenommen wurde, wenn der Repräsentant verstirbt. Daß die Römischen Juristen hierüber verschiedener Meinung waren, wenn Jemand das fremde Grundstück ohne Wissen des Besitzers occupirt, ist schon oben bemerkt worden. Aber es scheint mir nicht wahrscheinlich, Justinian habe bei Erwähnung des Streites diesen Fall vor Augen gehabt, da der gedachte Streit noch vor Justinian erledigt wurde.*) Eben sowenig konnte sich der Streit auf den Fall be-

*) Zwar verweist Justinian auf die *libri Sabiniani*, aber dies kann unsere Behauptung nicht entkräften, indem die Annahme, Justinian habe einen in den Sabinianischen Büchern aufgestellten, aber von der Doctrin bereits aufgegebenen Satz aufzuheben beabsichtigt, gleich-

ziehen, wenn der Repräsentant die Detention einer beweglichen Sache aufgibt, indem das Aufgeben derselben auch das Aufgeben der custodia einschließt, das Römische Recht aber, wie mir scheint, unbedingt an dem Satze festhielt: *res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, haecenus possideri, vel quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus*. So bleibt also für die Annahme des Streits nur der Fall übrig, wenn der Repräsentant die Detention einer unbeweglichen Sache aus freiem Entschlusse aufgibt.

Ueber die Interdicte.

Die Römischen Juristen gehen bei der Eintheilung der Interdicte von einem doppelten Gesichtspunkte aus; entweder haben sie dabei den Zweck des Interdicts im Auge, oder die Art des prätorischen Gebots. Auf dem ersteren Gesichtspunkte beruht die Eintheilung in *interd. retinendae, recuperandae und adipiscendae possessionis*, auf dem zweiten die Eintheilung in *interd. prohibitoria und restitutoria*. Wissenschaftlicher wäre die Eintheilung derselben dem Grunde nach. Dies, daß wir sie in den Quellen nirgends finden, ist aus der reinpractischen Geistesrichtung der Römischen Juristen zu erklären. Uns muß freilich ihre Eintheilung oberflächlich erscheinen, weil wir gewohnt sind, alles nach dem theoretischen Bedürfnisse zu schematisiren. Das müssen wir uns aber klar machen, daß wir bei wissenschaftlichen Fragen einen anderen Ausgangspunkt nehmen als die Römer, wenn wir ihnen hier, wie bei manchen anderen Punkten, kein Unrecht thun wollen.

Bei der Vergleichung der Interdicte mit den *actiones* kann man von einem doppelten Gesichtspunkte ausgehen. Man kann die Interdicte entweder mit den Actionen im Allgemeinen oder mit einer einzigen Art derselben vergleichen: mit der *actio in*

zeitig einen Vorwurf des Mangels an allem und jedem legislativen Tact enthalten würde und man doch bei solchen Vorwürfen sehr vorsichtig zu Werke zu gehen hat. Ueberdies weiß man auch nicht sicher, ob der in Betreff des Besitzverlustes der Grundstücke im späteren Rechte zur Geltung gekommene Satz von den *Proculionern* aufgestellt wurde.

factum, der sie am nächsten sind. Ich halte mich an den zweiten Gesichtspunkt, da dieser am meisten uns das Wesen der Interdicte aufzuschließen vermag und stelle die Frage auf: was unterscheidet die Interdicte von der *actio in factum*? Es ist Folgendes: die Interdicte, welche der Prätor in seinem Edicte proponirt, verpflichten Niemand und geben Niemand ein Klagerecht. Sie sind, wie Schmidt bemerkt (pag. 3), der das Wesen derselben sehr gründlich und sehr tief erfaßt hat, nichts weiter als „Schemate, nach deren Muster der Magistrat Befehle an Einzelne erläßt.“ Anders verhält es sich mit den *actiones in factum*; sie haben eine allgemein verbindende Kraft; die Aufnahme einer neuen Klage in das Edict ist also ein wirklich legislativer Act, während die Interdicte auf einer Linie stehen mit der magistratischen *pignoris capio* und anderen Maßregeln, welche der Magistrat gegen Ungehorsame ergreift. Worin liegt nun das Gemeinsame zwischen den Interdicten und den *actiones in factum*, also das Unterscheidende zwischen ihnen und allen übrigen *actiones*? In Folgendem: ebenso wol die Interdicte als auch die *actiones in factum* stützen sich nicht auf einen im *jus civile* anerkannten Rechtsatz, beide sind vielmehr Ausflüsse des prätorischen Imperiums.

Die *actiones in factum**) sind offenbar eines spätern Ur-

*) Den Ausdruck *actio in factum* nehme ich in einem weiteren Sinne und verstehe darunter auch die *actiones fictitiae* (*actio utilis* ist bekanntlich nur ein anderer Name für die letzteren). Zwischen den *par excellence*, sogenannten *act. in factum* und den *act. fictitiae*, giebt es nur den Unterschied, daß letztere sich an einen bestimmten in dem *jus civile* geltenden Satz vermöge einer bestimmten Fiction anknüpfen, während dies bei ersteren nicht der Fall ist. Bei den *actiones in factum* findet also eine freiere Behandlungsweise statt, wenn auch nicht in Abrede gestellt werden kann, daß die Anknüpfung an das *jus civile* bei den *actiones utiles* keine wirkliche, sondern nur eine scheinbare ist. Innerhalb der Interdictenlehre haben die Juristen die Behandlungsweise des Prätors nachgeahmt, — dieses Wort nehme ich natürlich in einem guten Sinne — denn sie haben Interdicte zugelassen, von denen im prätorischen Edicte gewiß keine Rede war, und zwar nach einer doppelten Richtung hin, nämlich als *utiles* und auch selbstständig. Cf. Schmidt.

sprungs als die Interdicte; da es sich von selbst versteht, daß die legislative Gewalt des Prätors sich später entwickeln mußte als die executive, als die administrative, d. h. als die in einem einzelnen concreten Falle anordnende. Damit ist freilich nicht gemeint, daß diese Umwandlung*) der administrativen Gewalt des Prätors in eine legislative sich an ein bestimmtes Jahr oder Jahrzehnt knüpft, ferner ist damit nicht gemeint, daß von dem Zeitpunkte an, in welchem die gedachte Umwandlung eintrat, keine Interdicte mehr erlassen wurden. Da nämlich derjenige, der die Macht hat, ein radicaleres Mittel zu ergreifen, es zu thun nicht verpflichtet ist, so folgt von selbst, daß es dem Gutdünken des Prätors überlassen werden mußte, ob für einen bestimmten Fall ein Interdict oder eine *actio in factum* proponirt werden sollte. Endlich ist damit nicht gemeint, daß die legislative Gewalt des Prätors der legislativen Gewalt der Organe des *jus civile* intensiv gleichkommt, vielmehr bestand zwischen beiden ein Unterschied. Die legislative Gewalt des Prätors hat sich von der administrativen Gewalt desselben nie emancipirt, sie steht vielmehr unter deren Schutze und wirkt auf die Rechtsbildung nur dadurch, daß sie in der Form derselben auftritt. Mit einem Worte, die legislative Gewalt des Prätors wird nur dadurch zu einer solchen, daß sie ebenso wie die Organe des *jus civile* auf die Gestaltung des Rechts einwirkt. So sind die Stellen zu erklären, in denen es heißt: *Praetor jus facere non potest*.

Zu welcher Klasse von Klagen gehören die Interdicte? Da sie zum Schutze eines dinglichen Verhältnisses dienen, so scheint es, als ob sie dingliche Klagen sein müßten. Dem ist aber nicht so. Das Interdictenverfahren beruht auf der Idee, daß die Besitzstörung keinen Anspruch auf directe Verfolgung des Gegners gewährt, sondern lediglich einen Anspruch auf Erwirkung entsprechender administrativer Maßregeln von Seiten des Prätors. Das Interdict ist keine Klage, weder eine ding-

*) Damit steht die Anerkennung des prätorischen Edicts als eines *edictum perpetuum* in einem innigen Zusammenhange.

liche noch eine persönliche. Da aber im Momente des interdictum eine obligatio zwischen den Litiganten entsteht, aus welcher im Falle des Ungehorsams geklagt werden kann, und da jede obligatio eine entsprechende Klage haben muß, so verwandelt sich im Momente des Ungehorsams das Interdict in eine im Dienste dieser obligatio stehende Klage, also in eine persönliche Klage. Ein Fragment sagt daher mit allem Rechte: *interdicta omnia, quamvis in rem videntur concepta vi tamen ipsa personalia sunt*. Zwischen den Worten: *interdicta in rem videntur concepta*, und den Worten: *vi tamen ipsa personalia sunt*, ist kein Widerspruch, wie es auf den ersten Augenblick erscheint. Die Interdictie müssen nämlich, wiewohl sie persönliche Klagen sind, als *actiones in rem conceptae* angesehen werden, da sie vom Prätor nicht zum Schutze der später zwischen den Litiganten entstehenden obligatio, sondern zum Schutze eines dinglichen Verhältnisses, nämlich des Besitzes erlassen werden.

Da nun der Grund, weshalb die Interdictie dingliche Klagen nicht sind, einzig und allein darin liegt, daß die Besitzstörung keinen Anspruch auf direkte Verfolgung des Gegners gewährt, und da in dem Justinianischen Rechte, wie sich der §. 8. J. de interd. ausdrückt: *perinde judicatur sine interdictis atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset*, so folgt von selbst, daß die Interdictie im Justinianischen Rechte keine persönlichen Klagen mehr sein können. Sie sind in ihm offenbar dingliche Klagen.

Interdicta retinendae possessionis.

Es sind nur zwei, nämlich das *interd. uti possidetis* und das *interd. utrubi*.

Interdictum uti possidetis.

Ueber die Funktionen des *interd. uti possidetis* wird sehr gestritten. Nach Savigny hatte es eine dreifache Bestimmung;

- 1) ging es auf Schadenersatz,
- 2) auf Abwendung der befürchteten zukünftigen Störung.

Zu diesen zwei ursprünglichen Functionen kam nach Savigny in Folge einer „unschuldigen“ Fiction, daß bei dem Streite über den Besitz Thätlichkeiten zu befürchten seien, noch

3) die Regulirung der Partheirollen für den Vindicationsprozeß hinzu.

Nach Keller (Zeitschr. f. gesch. Rw. Bd. 11. Nr. 9.) diene es ursprünglich zur Regulirung der Partheirollen für den bevorstehenden Eigenthumsproceß und später wurde es auf Abwendung einer zukünftigen Gefahr für den Besitz übertragen.

Wangerow (Pand. §. 336.) vindicirt dem gedachten Interdict nur eine Function, nämlich die Ermittlung, wer im Vindicationsproceße die Rolle des Klägers und wer die Rolle des Beklagten übernehmen soll. In neuester Zeit erörterten diese Frage Bruns und Schmidt.

Meiner Ueberzeugung nach hatte das Interdict folgende zwei Functionen:

- 1) diene es ursprünglich zur Ermittlung des Besitzstandes im Falle einer bei Gelegenheit der Normirung der Beweislast für den bevorstehenden Eigenthumsproceß entstandenen *controversia possessionis*,
- 2) außerdem konnte es aber später auch im Falle einer theilweisen Besitzstörung angewandt werden, indem man in diesem Falle eine *controversia possessionis fingirte*.*)

Daß das interdict. uti possidetis die beiden genannten Functionen hatte, ergiebt sich zur Genüge aus §. 148. 150. 166. 167. 139. — 142. des Commentars des Gajus, aus L. 1. §. 1. — 4. uti possidetis, L. 3. §. 2. — 4. eod., L. 4. eod., L. 8. §. 5. si servitus. L. 5. §. 10. de operis n. n., welche aus den Schriften Ulpian's recipirt wurden, L. 14. de injur., welche von Paulus herrührt. Uebrigens kann auch die Paraphrase des Theophilus angeführt werden zu dem Anfange des Titels der Institutionen: de interdictis.

Wie verhält es sich nun mit diesen beiden Functionen?

*) Cf. darüber auch meine Abhandlung: Ueber das interd. uti possidetis, die sich im Anhange zu meiner Schrift: Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre, befindet.

Nimmt man mit Bruns an, Gajus beschränke das *interd. uti possidetis* im Unterschiede von Ulpian und Paulus nur auf einen einzigen Fall der Besitzstörung, nämlich auf den, wenn der Störer Besitzer der Sache zu sein behauptet, so scheint auf den ersten Blick die Schlußfolgerung die richtige zu sein, daß nach der Meinung des Gajus sich die beiden oben gedachten Functionen qualitativ gar nicht unterscheiden haben, der Unterschied vielmehr nur die äußere Veranlassung betroffen habe. — Diese Folgerung halte ich nicht für richtig. Fände zwischen den beiden Functionen nach der Meinung des Gajus nur ein äußerer Unterschied statt, so würde Gajus sich nicht so haben ausdrücken können: im Falle der Besitzstörung untersuche der Zude, an *aliquid adversus E. p. factum sit*, während seine Untersuchung im Falle einer Vorbereitung des Vindicationsprocesses dahin gehe, *uter possideat interdicti tempore*. Aus der verschiedenen Fassung der Formel ergiebt sich unzweifelhaft, daß in beiden Fällen ein ganz anderes Streitobject vorliegt. Man wende dagegen nicht ein: stört Jemand den Besitz, indem er Besitzer zu sein behauptet, so erhebt er eine wirkliche *controversia possessionis* im Unterschiede von demjenigen, welcher sich einer Besitzstörung ohne die gedachte Behauptung schuldig gemacht hat. Da nun eine wirklich *controversia possessionis* unzweifelhaft auch in dem Falle erhoben werde, wenn die Partheirollen für den künftigen Proceß festgestellt werden, so folge, daß die Vorbereitung des Eigenthumsprocesses sich von der Besitzstörung, sofern sie mit der Behauptung des Besitzerwerbes concurrirt, qualitativ nicht unterscheiden könne. Wenn daher die Formel im ersten Falle anders laute als im zweiten, so müsse die Erklärung davon wo anders gesucht werden, als in der Annahme eines qualitativen Unterschiedes der beiden Functionen. Dieser Einwand wäre unbegründet, da er auf einer falschen Voraussetzung beruht. Die Annahme nämlich, von dem Besitzstörer werde unter den genannten Umständen eine wirklich *controversia possessionis* erhoben, entbehrt alles Haltpunktes, da dieselbe die Stellung eines Antrages auf gerichtliche Regulirung des Besitzstandes voraussetzt, der Störer aber

eine solche Regulirung nicht beantragt, sich vielmehr eigenmächtig in den Besitz der Sache zu setzen versucht. Eine *controversia possessionis* kann selbstverständlich nur von Seiten des Gestörten erhoben werden.

Aber überhaupt scheint mir die Bruns'sche Annahme fraglich, Gajus habe das *interd. uti possidetis* nur auf den oben gedachten Fall der Besitzstörung beschränkt. Der §. 139. des Gajus liefert für dieselbe keinen Beleg, indem die Worte: „*quum de possessione inter aliquos contenditur*,“ sich auch auf den Fall beziehen können, wenn der Störer den Besitz stört, ohne gleichzeitig die Behauptung zu stellen, er sei ein Besitzer der Sache, da, wie unten gezeigt werden wird, die Zuständigkeit des *interd. uti possidetis* im Falle der Besitzstörung durch die Fiction einer *controversia possessionis* vermittelt wurde.

Das Resultat aus dem Vorhergehenden ist also folgendes:

- 1) daß der Proceß zum Zwecke der Ermittlung der Partheirollen für den künftigen Eigenthumsproceß wesentlich verschieden ist von dem Processe über die Besitzstörung,
- 2) daß auch im Falle, wenn der Störer den Besitz aus dem Grunde stört, weil er ein Besitzer der Sache zu sein behauptet, keine wirkliche *controversia possessionis* erhoben wird.

Aus dem ersteren Resultate läßt sich mit aller Wahrscheinlichkeit folgern, daß auch das Proceßverfahren im Falle, wenn es sich um Ermittlung der Partheirollen handelte, ein anderes war, als im Falle der Besitzstörung. Im ersten Falle kam es wohl sofort zur *licitatio fructuum* und zu den entsprechenden Sponsionen und Restipulationen, im zweiten Falle, glaube ich dagegen mit Bruns, erließ der Prätor an beide streitenden Partheien den Befehl: *ne vis fiat adversus edictum!* was offenbar nur ein anderer Ausdruck ist für: *ne vis fiat adversus interdictum!* wie es sich aus der L. 102. de reb. jud. ergibt, in welcher Ulpian ausdrücklich bemerkt: *Qui vetante Praetore fecit, hic adversus edictum fecisse, proprie dicitur.* Zur *fructus licitatio*, zu Sponsionen und Restipulationen kam

es erst dann, wenn die Partheien gegen das Verbot des Prätors gehandelt hatten. Ich unterschreibe vollkommen die Worte des Bruns pag. 44 seq., wenn er meint: „Wie bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten der Kläger aus der Verweigerung der Restitution und Exhibition nicht ohne weiteres eine eigentliche Klage hat, sondern nur erst das Recht, vom Prätor einen Restitutions- oder Exhibitionsbefehl zu erwirken, und dann erst im Falle des Ungehorsams das Recht auf Pönalsponsionen und Klagen daraus bekommt; so hat auch bei den prohibitorischen Interdicten, namentlich dem U. p., der Kläger aus der betreffenden Handlung, namentlich *) der Besitzstörung nicht gleich eine eigentliche Klage gegen den Thäter, sondern zuerst nur das Recht, vom Prätor ein Verbot der Handlung zu erlangen, und erst, wenn dieses nicht respectirt und die Handlung wiederholt wird, bekommt er aus diesem Ungehorsam das Recht auf die Sponsionen und Klagen daraus.“

Die obige Annahme erscheint mir darum als eine nothwendige, weil sonst die Worte des Gajus: der Iudex habe zu untersuchen, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit (§. 141.), an vis possidenti facta sit, keinen Sinn hätten, indem dieselben sich auf eine vor Erlassung des Interdicts geschehene Handlung nicht beziehen können, da sonst, abgesehen auch von anderen Gründen, die hiebei angeführt werden könnten, die Erlassung des Interdicts geradezu zwecklos wäre. Beziehen sie sich nun auf eine nach Erlassung des Interdicts verübte Handlung, so folgt von selbst, daß nach dessen Erlassung das eigentliche Proceßverfahren sofort nicht beginnen konnte, indem sonst die Partheien keine Zeit und keine Möglichkeit gehabt hätten, sich eines Ungehorsams gegen das Verbot des Prätors schuldig zu machen, und indem, wie von Einigen angenommen wird, die vom Prätor verbotene Handlung in einem unrecht-

*) Andererseits unterscheide ich mich freilich von Bruns, der die genannte Proceßur auf den Fall der Besitzstörung nicht einschränkt, vielmehr ihre Möglichkeit auch im Falle, wenn die Partheirollen für den künftigen Eigenthumsproceß ermittelt werden, wie das von ihm gebrauchte Wort: „namentlich“ zeigt, nicht in Abrede stellt.

mäßigen Siege bei der *fructus licitatio* unmöglich gesucht werden darf, da ja dieselbe als eine Proceßhandlung selbstverständermaßen dessen Beginn voraussetzt und somit dessen Grund nicht sein kann.

Aus der zweiten These läßt sich, wenn man den Umstand berücksichtigt, daß die Quellen im Falle einer Besitzstörung von einer *controversia possessionis* reden,^{*)} mit aller Sicherheit folgern, daß die Uebertragung des *interd. uti possidetis* auf den Fall der Besitzstörung durch die Fiction einer *controversia possessionis* vermittelt wurde. Die genannte Fiction ist also die logische Brücke, welche beide Functionen aneinander knüpft.

Die Frage, welche von den beiden Functionen die ursprüngliche sei, beantwortet sich aus dem Gesagten von selbst. Da nämlich im Falle einer Besitzstörung die *controversia possessionis* fingirt wird, so folgt von selbst, daß die Abwendung der Besitzstörung die ursprüngliche Function des *Interdicts* nicht sein kann. Dafür spricht ferner die Duplicität des *Interdicts*, indem diese in ihrer vollen Realität nur dann begriffen werden kann, wenn man von der Annahme ausgeht, daß die Ermittlung der Partheirollen für den bevorstehenden Eigenthumsproceß die ursprüngliche Function des *Interdicts* war. Da nämlich in diesem Falle das *Factum*, wer Kläger, wer Beklagter sei, erst festgestellt werden soll, so war es sehr natürlich, daß man, um keiner der streitenden Partheien Unrecht zu thun und nach bloßer Magistratswillkühr nicht zu entscheiden, Jeden der Litiganten als Kläger und Beklagten zugleich betrachtete und alle sich daraus juristisch ergebenden Consequenzen anerkannte. Endlich wird die hier vorgetragene Ansicht durch die vorkommende *fructus licitatio* bekräftigt, indem diese nur unter der Voraussetzung in Aufnahme kommen konnte, daß man eben nicht wußte, wer der Besitzer der Sache sei.

Auch über den Character der Duplicität des *interd. uti*

^{*)} L. 3. §. 2. *Uti possidetis*: „— Etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti meo jure.“ — L. 52. §. 1. de poss.: „Eum, qui aedificare prohibeatur, possidere quoque pohiberi, manifestum est.“ — Cf. auch L. 3. §. 4. *Uti possid.*

possidetis wird gestritten. Savigny behauptet, das genannte Interdict sei nur in Hinsicht auf den Beklagten ein duplex, nicht auch in Hinsicht auf den Kläger, indem derjenige nach der Analogie der drei Theilungsklagen als Kläger gelte, wer zuerst den Klageantrag gestellt hat. Die Kritik dieser Ansicht sehe in meiner oben angeführten Abhandlung.

Meiner Meinung nach äußerte sich die Duplicität in Viererlei:

1) Jeder mußte als Kläger den vollen Beweis liefern, daß er die Sache zur Zeit des erlassenen Interdicts besitze und deren Besitz von dem Gegner neque vi, neque clam, neque precario erworben. (§. 150.: „Et siquidem de fundo vel aedibus interdicatur, eum potioem esse praetor jubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possideat.“)

2) Jeder konnte im Falle des nicht gelungenen Beweises condemnirt werden. Dies folgt nicht bloß daraus, daß Jeder ein Beklagter ist, sondern auch noch daraus, daß ein bloßes Abweisen der Klage absolut ausgeschlossen war,

indem man ja nicht wußte, wer mit der Klage abgewiesen werden könnte,

indem der Proceß, da er einmal durch das Sponsionsverfahren eingeleitet wurde, nothwendigerweise zu Ende geführt werden mußte, und

indem der eigentliche Zweck des Interdicts durch das bloße Abweisen der Klage nicht erreicht werden könnte.

3) Jeder mußte gegenseitige Sponsionen und Restipulationen schließen. (§. 166.: „— judex — adversarium quidem — et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci condemnat et convenienter me sponsionis et restipulationis, quae mecum factae sunt, absolvit.“)

4) Die richterliche Untersuchung ging darauf, wer von den beiden Litiganten ohne vitium besitze (§. 166.: — judex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est, id est, uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur nec

vi, nec clam, nec precario possideret.) Freilich gab es Fälle, in denen die Duplicität mit aller Consequenz nicht durchgeführt werden konnte und zwar aus einem rein factischen Grunde. Die Doctrin mußte hier der Macht der Thatfachen entweder ganz weichen oder sich wenigstens nach derselben modificiren. Man nehme z. B. den Fall, wenn Jemand den Besitzer am Aufbauen des Hauses hindert. Es ist offenbar, daß in diesem Falle die Duplicität thatsächlich nicht Platz greifen kann, indem hier ein einfacher Angriff von der einen und eine einfache Verteidigung von der andern Seite vorliegt. So lange noch Pönalsponsionen und Restipulationen im Gebrauche waren, konnte man die Duplicität freilich immer noch fingiren, aber nach Einführung des späteren Proceßverfahrens war auch dies nicht möglich, da es ganz zwecklos gewesen wäre. Cf. Bruns, pag. 56. — Nehmen wir ein anderes Beispiel. Jemand stört den Besitzer dadurch, daß er irgend eine Handlung auf dessen Grundstück vornimmt, indem er vorgiebt, er sei zu deren Vornahme kraft einer erworbenen Servitut berechtigt. Hier konnte freilich, wie Bruns ganz richtig bemerkt, an der Duplicität festgehalten werden, aber nur mit einer Modification; mit einer Modification darum, weil dieselbe sich anders nicht durchführen ließ als mit Hilfe der Annahme, die Behauptung des Beklagten, welcher sich auf eine erworbene Servitut beruft, stehe „ganz an der Stelle der Behauptung des vollen eigenen Besitzes.“ Cf. darüber Bruns pag. 55, welcher außerdem auch Quellenzeugnisse für die obige Behauptung beibringt.

Bedingungen des Interdicts. Da dasselbe retinendae possessionis ist, und der Besitz clam so wie precario nicht anders gestört werden kann, als durch Entsetzung, so folgt daraus mit logischer Nothwendigkeit zweierlei, nämlich, daß dasselbe eine vis und eine solche Besitzstörung voraussetzt, durch welche der Besitz nicht aufgehoben wird. Letzteres wird von Einigen geleugnet, aber ohne allen Grund, indem dagegen schon der Name des Interdicts spricht. Wie wäre es denkbar, daß ein interd. retinendae possessionis auf Recuperation des Besitzes gehen sollte! Man wende nicht ein, der Annahme,

daß das interd. uti possid., welches *retinendae possessionis* ist, auch auf *Recuperation* des Besizes gehen kann, steht der Umstand nicht entgegen, daß dasselbe *retinendae possessionis* ist, wenn man von dem Gesichtspunkte ausgeht, daß der Nichtbesitzer dem *injustus possessor* gegenüber als Besitzer gilt. Gegen diesen Einwand würde ich dies anführen, daß der Satz, der Nichtbesitzer sei dem *vitosen* Besitzer gegenüber als Besitzer anzusehen, von der Mehrzahl der Römischen Juristen als ein falscher verworfen wurde. Wenn also derselbe in der Römischen Doctrin nur eine partielle Anerkennung fand, so folgt von selbst, daß die herrschende Römische Rechtsdoctrin die Anwendung des interd. uti possidetis auf den Fall der Besitzeseutsetzung an denselben unmöglich knüpfen konnte.

L. 3. pr. uti possid. (— „*Si duo possideant in solidum — ego ex justa causa, tu vi aut clam; si a me possides superior sum interdicto.*“) ist hiebei von gar keinem Belange, da sie eben von einem Gesichtspunkte ausgeht, der von den meisten Juristen als unrichtig anerkannt wurde. Da Ulpian, aus dessen Schriften die genannte *Lex* recipirt wurde, der richtigen Ansicht beipflichtet, so bleibt nichts übrig, als anzunehmen, daß derselbe hier nur die Meinung der Minderzahl der Juristen referirt, ohne ihr beizutreten. Dies wurde übrigens schon in dem Abschnitte: *possessio plurium in solidum esse non potest*, bemerkt. Ueber das Weitere verweise ich auf das in dem gedachten Abschnitte Gesagte.

Dann steht der Annahme, daß das interd. uti possidetis auch einem Nichtbesitzer zukommt, die L. 1. §. 4. uti possidetis entgegen, welche lautet: „*Est igitur hoc interdictum — retinendae possessionis: nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet. Et consequenter proponitur post interdictum unde vi: illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc tuetur, ne amittatur possessio.*“

Endlich ist gegen dieselbe der Umstand anzuführen, daß sonst das interd. uti possid. mit dem interd. de vi concurriren müßte, was schon a priori undenkbar ist, indem beide Interdicte von einander verschieden sind und indem, wenn eine

Concurrenz beider stattfinden möchte, entweder das eine oder das andere überflüssig wäre, je nachdem man das eine oder das andere als früher entstanden annimmt. In Betreff der Kritik der Ansicht Bangerow's sehe meine Abhandlung.^{*)}

Für die gegnerische Behauptung ließe sich aber der Umstand nicht anführen, daß mit dem interd. uti possid. excipiendo oder reconveniendo ein interd. recuperandae possessionis in Verbindung gebracht wurde, da ja der Prätor den Kläger, falls er die Sache zur Zeit des erlassenen Interdicts vi, clam, precario besaß, in Gemäßheit des Satzes, daß das interd. U. P. ein duplex ist, verurtheilte, die Verurtheilung aber in diesem Falle auf die Herausgabe der Sache wirklich gerichtet war. Die Anführung des genannten Umstandes wäre darum nicht am rechten Orte, weil in diesem Falle nicht der Nichtbesitzer, sondern der Besitzer klagt.

Zweck des Interdicts. Im älteren Römischen Recht kam, glaube ich, der Schadenersatz gar nicht zur Sprache. Ich will mich darüber näher erklären. Meine Meinung geht da-

*) In dem, was Bruns darüber sagt, scheint mir ein Widerspruch zu liegen. Auf pag. 60 bemerkt er: „Die L. 3. U. P. bringt denselben zwar sehr deutlich mit der Theorie der älteren Juristen über den solidarischen Mitbesitz des justus und injustus possessor in Verbindung. Allein ein Beweis, daß er daraus hervorgegangen wäre, liegt darin nicht, und es wäre auch sehr auffällig, wenn jene von Anfang an besrittene und später vollständig aufgegebene Theorie eine so bedeutende practische Wirksamkeit erlangt hätte.“ Auf pag. 61 sagt er aber: „Allerdings ist es auffallend, daß man danach geradezu mit einem interd. ret. poss. auf Wiedererlangung eines verlorenen Besizes klagen kann. Allein das Auffallende liegt nur in der Annahme der rechtlichen Fiction, daß der fehlerhaft verlorene Besiz noch als fortdauernd gelten sollte. Nimmt man diese einmal an, so ist jener Satz nur eine Consequenz, durch die der retentorische Character des Interdicts durchaus nicht verletzt wird. Eben deshalb stehen denn aber auch der Zulassung dieser Consequenz die Stellen, wonach das Interdict Besiz zur Zeit der Klageanstellung voraussetzt, nicht im Wege und ebensowenig hat es etwas auffallendes, daß neben demselben noch andere Interdicta stehen, die unmittelbar vom Standpunkte des Besizverlustes aus die Restitution des Besizes zum Zwecke haben.“

hin, daß der Gestörte nach dem älteren Römischen Rechte keine Entschädigung für die vor Erlaß des Interdicts vorgefallene Störung fordern konnte, demselben vielmehr nur derjenige Schaden ersetzt wurde, welcher nach dem *interdictum redditum* stattgefunden hat. Dies geht nämlich aus den Quellenzeugnissen hervor. In der L. 1. §. 40. de vi heißt es ausdrücklich, daß bei dem *interdictum unde vi* der Ersatz für die entgangenen Früchte vom Tage der Dejection an gerechnet werde, im Unterschiede von allen übrigen Interdicten, bei denen die *fructus, ex quo (die) edita sunt (interdicta) non retro computantur*, d. h. bei denen man die entgangenen Früchte von dem Tage der Ertheilung des Interdicts und nicht rückwärts zählt.

Ebenso deutlich spricht sich die L. 3. de interdictis aus: „In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro.“ Die Worte nämlich: *fructuum ratio non retro habetur* sind offenbar auf die *fructus licitatio* nicht zu beziehen.

Zur Begründung der Meinung, daß das gedachte Interdict in dem älteren Rechte auf Schadenersatz ging, beruft man sich sowohl auf die L. 1. U. P. („— neque pluris quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiendi potestas fuerit, agere permittam“), als auch auf die Verjährung, indem man davon ausgeht, daß die letztere nur bei dieser Annahme einen Sinn habe.

Was nun die citirte *Lex* anbelangt, so muß eins von beiden angenommen werden, nämlich, daß die Worte: *neque pluris quam quanti res est, agere permittam* sich entweder auf das *judicium secutorium* beziehen, was Rudorff*) als entschieden annimmt, oder daß dieselben in dem prätorischen Edicte sich nicht befanden, sondern daß sie später hinzugesetzt wurden, um das Edict mit dem Justinianischen Rechte in einen besseren Einklang zu bringen.

*) Pag. 359 Zeitschrift für gesch. Rv. Bd. VII. Nr. 4. Rudorff äußert sich wörtlich folgendermaßen: „Man sieht, es ist die Cassellische

Auch der zweite Umstand ist von keiner Erheblichkeit, denn die Richtung des Interdicts auf den Schadenersatz kann geleugnet werden, ohne daß daher die Verjährung zu einer sinnlosen wird. Derselben kann freilich unter den Umständen der Gedanke nicht zu Grunde liegen: wenn ihr innerhalb eines Jahres nicht klagt, so wird die Besitzstörung nicht abgewendet werden, denn das wäre eine offenbare Absurdität, da die Besitzstörung, welche vor einem Jahre geschah, factisch nicht abgewendet zu werden braucht; sondern es liegt ihr der Gedanke zu Grunde: wenn ihr innerhalb des Jahres, vom Tage der abermaligen Störung an gerechnet, geklagt hättet, so würdet ihr den Vortheil gehabt haben, daß ihr als Sieger eine fünffache Leistung von dem condemnirten Beklagten erhalten hättet, so aber geht ihr aller dieser Vortheile verlustig.^{*)}

Was das Justinianische Recht anbelangt, so kann nicht in Abrede gestellt werden, daß nach demselben mit dem *interdict. uti possid.* auf Schadenersatz geklagt werden kann, indem nach demselben nicht mehr auf die Conventionalstrafe, welche nach dem früheren Rechte durch Sponsionen, Restipulationen festgesetzt wurde, sondern wirklich auf das *quantum res est* erkannt

Restitutionsklage mit veränderten Bedingungen. Diese sind von dem Interdict und Sponsionen entlehnt, die ursprünglichen Voraussetzungen des *judicium secutorium*, Sieg in den Sponsionen, Unterliegen in der *fructulicitation*, sind gestrichen. Dagegen rühren die Wirkungen von der *Cassellischen* Klage her, alles Pönale, der ganze ursprüngliche *ordo* und *exitus* des Interdicts, die Versteigerung, die Sponsionen und Restipulationen u. s. w., fällt aus. Diese Behandlung ist ganz im Geiste der Compileratoren, insbesondere bei den Interdicten, nur der Ausdruck ist besonders ungeschickt, wenn nicht der Schein entstehen sollte, daß man nach Jahresfrist noch auf die ehemalige fünffache Leistung klagen könne, so mußte *neque pluris quam quanti res erit, neque post annum* geschrieben werden.“

^{*)} Die in meiner Abhandlung Note 41. befindliche Bemerkung, welche gegen die Erklärung Keller's gerichtet ist, bitte ich zu streichen, da ich in derselben dem genannten Rechtslehrer ungerechterweise den Vorwurf gemacht, als gehe er von einer falschen Voraussetzung aus. Ueberdies befindet sich in derselben ein Druckfehler, der wohl leicht aufzufinden ist.

wird, welches quanti res est in der L. 3. §. 11. uti possid. folgendermaßen erläutert wird: „Quanti res est, sic accipimus, quanti uniuscujusque interest, possessionem retinere. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est; longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.“ Dies kommt daher, weil die Interdicte im Justinianischen Rechte nicht allein in processualischer, sondern auch in materieller Hinsicht sich von den übrigen Klagen nicht mehr unterscheiden, wie dies in dem älteren Rechte der Fall war. Hieraus folgt nämlich von selbst, daß der Gestörte Schadenersatz für die Störung von dem Gegner zu fordern berechtigt sein muß.

Einreden. Zwei Einreden kommen dem Störer zu staten, nämlich die exceptio vitiosae possessionis und die Verjährungseinrede. Die erstere findet dann statt, wenn der Gestörte von ihm den Besitz vi, clam, precario erworben hat. Die genannte Exception ist ein consequenter Ausfluß des Umstandes, daß der Besitz nicht um feinetwegen geschützt wird, sondern nur darum, weil eine vi, clam, precario eingetretene Besitzstörung contra bonos mores ist, d. h. die Gebote der Sittlichkeit selbst verletzt (L. 1. §. 28. de vi: „Vi possidere eum definiendum est, qui — adquisitam per vim possessionem obtinet: aut qui in hoc ipsum aptatus et praeparatus venit, ut contra bonos mores, auxilio, ne prohiberi possit ingrediens in possessionem, facit.“) Da dem nämlich so ist, so folgt von selbst, daß nur derjenige durch Anrufung der Hilfe des Prätors die Gebote der Sittlichkeit zu seinen Gunsten wenden kann, wer sich selbst gegen dieselben dem Beklagten gegenüber nicht versündigt hat. Wenn daher der Beklagte die exceptio vitiosae possessionis vorschützt, so beruht dies auf folgender Anschauung: hast du gegen mich contra bonos mores gehandelt, so giebt mir dies freilich nicht das Recht, gegen dich vice versa contra bonos mores zu handeln, aber dies benimmt dir das Recht, mich mit Erfolg verklagen zu können. So liegt also der exceptio vitiosae possessionis noch eine

höhere Idee zu Grunde außer der Zweckmäßigkeitsrücksicht, „daß der Beklagte ohnehin ein *interdictum recuperandae possessionis* hat“ und daß eine Abkürzung des Prozesses darin liegt, wenn der Kläger gleich jetzt mit dem *interd. uti possid.* abgewiesen wird. Die *exceptio vitiosae possessionis* ist selbstverständnermaßen nur *inter easdem personas* statthaft. Die L. 3. §. 10. *uti poss.*, welche lautet: *Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessione esse, fundum accipiam,*“ enthält davon keine Abweichung, wenn sie auch verordnet, daß dieselbe in dem Falle nicht zulässig ist, wenn der jetzige Besitzer den Besitz mit Bewußtsein von einem solchen auctor erworben hat, der sich in den Besitz der Sache auf eine gewaltsame Weise gesetzt hat. Es tritt nämlich beim Besitze die Eigenthümlichkeit ein, daß der Nachfolger niemals als Successor seines auctor gilt. Freilich giebt es in der *accessio possessionis* ein Surrogat der Succession, aber dieselbe findet eben nicht allgemein statt, sondern nur bei der *usucapion* und bei dem *interdictum utrubi*. Da nun die Sachen so stehen, so kann mit allem Rechte behauptet werden, daß der Streit in dem in der L. 3. erwähnten Falle *inter easdem personas* nicht geführt wird. Wir wollen aus dem Satze, daß es keine Succession in dem Besitze giebt, noch nach einer anderen Richtung hin Folgerungen ziehen. Aus demselben ergiebt sich mit logischer Consequenz, daß die *exceptio* auch in dem Falle nicht statthaft sein kann, wenn die vitiose Handlung nicht gegen den Beklagten selbst, sondern gegen dessen Vorgänger gerichtet war, indem auch in diesem Falle der Streit *inter easdem personas* nicht geführt wird. Dies wird auch bestätigt durch die L. 53. *de poss.*: „*Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet.*“ Cf. auch die L. 1. §. 9. *uti possid.* L. 17. *de precario*. §. 4. J. *de interd.*

Was die Verjährungseinrede anbelangt, so verhält es sich mit ihr folgendermaßen: Klagt der Gestörte, so erläßt der Prätor das Verbot an den Beklagten, den Besitz nicht zu stören. Hierauf bleibt der Prozeß stillstehen, bis eine abermalige Besitzstörung von dem Beklagten wider das ausdrück-

liche Verbot des Prätors vorfällt. In diesem Momente wird der unterbrochene Proceß wieder aufgenommen, es kommt zur *fructus licitatio*, zu den Sponsionen und Restipulationen, jedoch nur unter der Bedingung, wenn zwischen der abermaligen Störung und der abermaligen Anrufung der Hilfe des Prätors keine Jahresfrist dazwischen liegt.^{*)} Die Verjährungseinrede erzeugt also streng genommen keine Klagverjährung, sondern eine Proceßverjährung, indem ja der Proceß bereits begonnen hat, die Klagverjährung aber gerade den Beginn des Processes hemmt. Es ist dies übrigens nicht der einzige Fall einer Proceßverjährung im Römischen Rechte.^{**)}

*) Cf. Keller, Zeitschrift f. g. Rv. pag. 308 und dessen Römischer Civilproceß §. 76. In der Zeitschrift sagt derselbe: „Wenn der Prätor auf Verlangen eines Theils oder beider Theile das Interdict erläßt, so steht der Proceß so lange still, bis der Eine etwas thut, was in den Augen des Anderen eine Verletzung des Interdicts ist. Klagt dieser jetzt, so ordnet der Prätor die bekannten Sponsionen und Restipulationen an, er verfaßt die *formulae*, m. a. W. er ordnet das *judicium* an.“

**) Es sei mir erlaubt, die Proceßur bei den recuperatorischen Interdicten im Vergleiche mit der Proceßur bei den retentorischen Interdicten gelegentlich zu berühren. Bei den recuperatorischen Interdicten war ein doppelter Fall möglich: entweder beruhigte sich der Beklagte bei dem an ihn gerichteten Befehle *ad restituendum* oder *exhibendum*, oder auch nicht. Im letzteren Falle mußte derselbe dem Prätor um sofortige Ernennung eines *arbiter* bitten, worauf dann der weitere Proceß seinen ferneren Fortgang hatte. Im ersteren Falle dagegen wurde der Proceßgang in der nämlichen Weise unterbrochen, wie bei den retentorischen Interdicten. Da nun auch bei den recuperatorischen Interdicten die jährliche Verjährungseinrede Platz greift, so war die Aufnahme des weiteren Proceßverfahrens auch bei ihnen davon abhängig, ob der Kläger den Antrag auf dessen Aufnahme innerhalb eines Jahres, von der Verweigerung der Herausgabe der Sache an gerechnet, stellt. Ein ähnliches Resultat wie im Falle der Verjährungseinrede konnte auch noch dann eintreten, wenn der Beklagte die Sache dem Kläger in Gemäßheit des prätorischen Befehls herausgab. Der Fall war nur darin von dem Falle, wo eine Verjährungseinrede erworben wurde, verschieden, daß in ihm der Proceß *ipso jure*, im Falle der erworbenen Verjährungseinrede dagegen *ope exceptionis* zu Ende geht. — Nun wollen wir noch

Das *Interdictum utrubi*.

Zweierlei ist unzweifelhaft:

- 1) daß das genannte Interdict nur dann mit Erfolg angestellt werden konnte, wenn der Kläger die Sache längere Zeit hindurch im Laufe des letztverfloffenen Jahres sine vitio besaß, als der Gegner. L. 1. pr. §. 1. de utrubi. „Prae-

die Frage erörtern, warum wohl bei den recuperatorischen und bei den retentorischen Interdicten der Proceß nicht gleich weiter geführt wird? — In Betreff der recuperatorischen Interdicta ist deren Beantwortung leicht. Das Sachverhältniß ist folgendes: Der Prätor gab den Befehl, die Sache zu restituiren oder zu exhibiren selbstverständnermaßen nur dann, wenn es nicht evident, nicht notorisch war, daß der Kläger ohne allen Grund die Restitution oder Exhibition fordert. Beruhigte sich nun der Beklagte bei dem Befehle und bat nicht um die Ernennung eines arbiters, damit derselbe die Sache sofort entscheide, so hatte der Prätor factisch keine Veranlassung dazu, den Proceß seinen weiteren Verlauf gehen zu lassen. Mehr Schwierigkeit macht die Beantwortung dieser Frage in Betreff der retentorischen Interdicta. Hier scheint das Interesse des Gestörten den weiteren Fortgang des Processus erheischt zu haben, indem es ja nicht zu erwarten war, daß der Gegner gegen das Verbot des Prätors handeln und ihm so die Gelegenheit geben werde bei Feststellung der Sponsions- und Restipulationssumme den Schaden vor dem interdictum redditum gleichzeitig mit dem Schaden nach dem interdictum redditum zu berücksichtigen. Diese Rücksicht konnte aber hierbei von gar keinem Gewichte sein. Es muß daran entschieden festgehalten werden, daß die interdicta retinendae possessionis prohibitorischer Natur sind und somit bei ihnen der Schadenersatz überhaupt erst nach erlassenen Verbote des Prätors (interdictum redditum) rechtlich in Betracht kommt, aber hier nicht direct, sondern nur indirect, indem der Kläger ihn nur bei Gelegenheit der Normirung der Sponsions- und Restipulationssumme in Anrechnung bringen kann und zwar darum, weil dieselbe auf einem vertragsmäßigen Wege zu Stande kommt und somit dessen Zustimmung erfordert. So war also die Unterbrechung des Processus bei den retentorischen Interdicten durch deren Natur selbst als eine unabweisbare Nothwendigkeit geboten. Dies erklärt auch, warum bei ihnen der Gestörte — denn nur in dessen Interesse konnte es liegen — den Prätor um Ernennung eines arbiters und weitere Fortführung des Processus in der nämlichen Art nicht bitten konnte, wie dies bei den recuperatorischen Interdicten dem Beklagten gestattet wird, m. a. W. warum bei ihnen nie sine poena, sondern stets cum poena processirt wird.

tor ait, utrubi hic homo quo de agitur, *maiore parte**) *hujusce anni fuit*: quominus is eum ducat, vim fieri veto.“ Gajus §. 150.

- 2) daß dasselbe auf die Fälle, in denen der Kläger noch gegenwärtig besitzt, nicht beschränkt war, vielmehr auch von Demjenigen mit Erfolg angestellt werden konnte, welcher die Sache in einem früheren Zeitpunkte sine vitio besaß. Theophilus in §. 4. J. de interdictis.*)

Der erstere Umstand ist weiter nichts, als eine weitere logische Consequenz des letzteren, so daß beide mit einander logisch verbunden sind. Die Sache verhält sich nämlich folgendermaßen: Hat der gegenwärtige Besitzer als solcher keinen Vorzug vor dem gewesenen Besitzer, so muß der Vorzug, die *potioritas interdicto* — man verzeihe mir diesen unrichtigen Ausdruck — in Betreff Beider wo anders gesucht werden. Und dieses andere hiebei entscheidende Moment konnte nur der Umstand sein, wer von den beiden Litiganten im Laufe des letztverflossenen Jahres eine längere Zeit hindurch das streitige Object besessen hat. Das letztverflossene Jahr mußte darum als die äußerste Grenze bei der Messung der Länge der Besitzzeit gesetzt werden, weil bei dem *interdictum utrubi* die jährliche Verjährungseinrede ebenfalls Platz greift.

Nun sei bemerkt, daß man bei der Berechnung der Besitzzeit der beiden Litiganten Jeden von ihnen die Besitzzeit des Auctors, vermöge der *accessio possessionis* in Anrechnung brachte. Gajus §. 151.

Ist das *interdictum utrubi* darum, daß es sowohl dem gegenwärtigen als auch dem gewesenen Besitzer zusteht, je nach

*) Daß die Worte: *maiore parte anni* den oben angegebenen Sinn haben, geht hervor aus der L. 156. de V. S.: „*Maiores parte anni possedissemus quis intelligatur etiam si duobus mensibus possederit, si modo adversarius ejus aut paucioribus (diebus) possederit aut nullis.* — Gajus 152.

**) Man beruft sich noch auf L. 3. §. 5. ad exhib. — L. 3. §. 12. eod. — L. 14. C. de agricolis. — Petron. C. 13. aber Savigny hat Recht, wenn er bemerkt, daß alle diese Stellen insgesammt nichts beweisen.

Umständen bald *retinendae*, bald *recuperandae possessionis*. Dies ließe sich annehmen, wiewohl es immer sehr auffallend wäre, wenn wir nicht aus den Quellen bestimmt wüßten, daß das Proceßverfahren bei dem *interdictum utrubi* immer das nämliche war, mag dasselbe auf Herausgabe oder auf Beibehaltung der Sache gerichtet sein. Wäre das *interdictum utrubi* bald *retentorisch*, bald *recuperatorisch*, so würde auch das Proceßverfahren je nach Umständen, bald nach Art der *recuperatorischen*, bald wieder nach Art der *retentorischen* *Interdicte* eingerichtet werden müssen. Dies war aber nicht der Fall; das Proceßverfahren war immer ein *retentorisches*, der Prätor gab nie den Befehl: *ni restituas*, sondern er erließ das Verbot: *ne vis fiat adversus edictum*, beide Partheien galten als Kläger und Beklagter zu gleicher Zeit u. s. w.^{*)} Paulus und Gajus haben daher vollkommen Recht, wenn sie das *Interdict* als *retentorisch* bezeichnen, (Paulus V. 6. §. 1. — Gajus §. 148.), indem schon daraus, daß das Proceßverfahren ein rein *retentorisches* war, mit aller Sicherheit gefolgert werden kann, daß man den nichtbesitzenden Kläger als einen gegenwärtigen Besitzer fingirte. Daran knüpft sich von selbst die Annahme, daß das *Interdict* wegen heimlicher Entziehung des Besitzes der Sache nicht angestellt werden konnte, wie dies Savigny glaubt (pag. 551 in der Anmerk.). Die *retentorischen* *Interdicte* beziehen sich nämlich ihrer Natur nach nur auf eine Art der Besitzstörungen, nämlich auf die gewaltsamen. (Weiter unten wird noch ein Argument gegen die Ansicht Savigny's angeführt werden.) Es wäre unrichtig, wenn man dagegen einwenden möchte: das *interdictum utrubi* sei im Falle, wenn es von einem Nichtbesitzer angestellt wird, nur in Folge einer Fiction ein *retentorisches*, wäre die Fiction nicht zur Geltung gekommen, so wäre es ein *recuperatorisches*, und so könne das Argument, daß *retentorische* *Interdicte* eine *vis* logisch voraussetzen, hierbei keine Kraft haben. Die Sache ver-

^{*)} Auch Schmidt (pag. 69 und 115) hält das gedachte *Interdict* für *retentorisch* und *recuperatorisch* zu gleicher Zeit.

hält sich nämlich folgendermaßen: Die Fiction, daß der Nichtbesitzer gegenwärtig noch besitzt, betraf nicht das materielle, sondern das formelle Recht, d. h. den Proceß, indem sie nur dies bezweckte, um die Anwendung des retentorischen Proceßverfahrens auf den Fall, wo es sich um Wiedererlangung des entzogenen Besitzes handelte, zu ermöglichen. Daraus, daß dieselbe nur das formelle Recht betraf, folgt von selbst, daß nur diejenigen Nichtbesitzer dieselben zu ihrem Vortheile wenden konnten, welche die Hilfe des Prätors nach den Regeln des materiellen Rechts anrufen durften, also denen der Besitz auf eine gewaltsame Weise entzogen worden war.

Es entsteht nun die Frage, ob die Nichtbesitzer gleich von Anfang an zur Anstellung des Interdicts qualificirt waren oder ob es nicht eine Zeit gab, in welcher dasselbe lediglich auf den gegenwärtigen Besitz beschränkt war? Beideres ist in einem sehr hohen Grade wahrscheinlich. Wäre das Interdict gleich von Anfang an zum Schutze eines verlornen Besitzes bestimmt gewesen, so würde dasselbe, da es ebenso wie das *interdictum de vi* eine gewaltsame Entsehung voraussetzt, nichts anderes sein, als eine Abart des *interdictum de vi*, es wäre also unter diesen Umständen kein Grund vorhanden, auf dasselbe ein anderes Proceßverfahren anzuwenden, als das bei dem *interdictum de vi* übliche. Und dann ließe sich nicht einsehen, warum man nicht zwei besondere Interdicte gebildet hat, das eine für den gegenwärtigen, das andere für den entsehten Besitzer. Beide Bedenken verschwinden, wenn man annimmt, daß das *interdictum utrubi* erst später die Function auf Wiedererlangung des Besitzes erhielt und dieselbe durch eine Fiction, daß der entsehte Besitzer noch gegenwärtig besitzt, vermittelt wurde.

Da das *interdictum utrubi* eine *vis* voraussetzt, so folgt, daß dasselbe, wenn es auf Wiedererlangung des verlorenen Besitzes geht, dem Besitzer einer beweglichen Sache ganz denselben Dienst leistet, wie das *interdictum de vi* dem Besitzer einer Immobilie. Daraus ergiebt sich aber von selbst, daß dasselbe die Function, den verlorenen Besitz wieder zu verschaf-

fen, noch vor Erweiterung des *interdictum de vi* auf bewegliche Sachen erhalten mußte, indem dieselbe sonst ganz zwecklos wäre, zumal da das Proceßverfahren bei dem *interdictum de vi* nicht so umständlich war — die *licitatio fructus* fiel z. B. bei ihm aus — und es größere Vortheile im Falle des Sieges und geringere Nachtheile im Falle des Unterliegens mit sich brachte. Der letztere Umstand berechtigt auch vollkommen zu der Folgerung, daß die Anwendung des *interdictum utrubi* auf den Fall des verlorenen Besitzes durch die Ausdehnung des *interdictum de vi* auf bewegliche Sachen in der Praxis von selbst außer Gebrauch kam und daß daher das Gesetz Justinians,^{*)} welches das *interdictum utrubi* auf den Fall eines gegenwärtigen Besitzes einschränkt, nur das verordnet hat, was schon von selbst in der Praxis obervirt wurde.

Wir wollen noch eine Folgerung ziehen. Daraus, daß das Requiritt, die Sache länger zu besitzen als der Gegner, in einem logischen Zusammenhange damit steht, daß auch der Nichtbesitzer zur Anstellung des Interdicts qualificirt ist, ergiebt sich logisch, daß dasselbe nur so lange in Geltung sein konnte, als auch Nichtbesitzer zur Anstellung des Interdicts berechtigt waren. In Betreff des Justinianischen Rechts wird dieses durch §. 4. I. de *interdictis* bestätigt. „— Nam utriusque interdicti (scil. U. P. et Utr.) potestas, quantum ad possessionem adtinet, exaequata est: ut ille vincat, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatae tempore detinet.“ In Betreff des älteren Rechts mangelt es zwar an einem solchen Zeugnisse, wie wir überhaupt über dasselbe keine Nachrichten haben, so daß dieser Umstand hierbei gar nichts präjudicirt. Indessen ist auch in Betreff dieses Rechts die Richtigkeit unserer obigen Behauptung nicht in Zweifel zu ziehen.

Exceptio vitiosae possessionis. Wenn der Kläger den Beweis liefert, daß er die Sache im Verlaufe des leßtvor-

^{*)} Ich folge hierbei Savigny, der bemerkt: „zuverlässig rührt diese Aenderung erst von Justinian her.“

flossenen Jahres längere Zeit hindurch als der Beklagte besessen hat, so hat er damit alles gethan, was zur Begründung des Interdicts nöthig ist. Hieraus folgt von selbst, daß die Einwendung des Beklagten, daß der Besitz des Klägers während des genannten Zeitraumes ein vitioser war, eine exceptio ist und somit von ihm bewiesen werden muß. Da es keine Succession in dem Besitz giebt und deren Surrogat, nämlich die accessio possessionis, nur die Anrechnung der Zeit, in welcher der auctor besaß, bezweckt, so folgt von selbst, daß die exceptio vitiosae possessionis nur dann statthaft ist, wenn der Kläger selbst den Besitz von dem Beklagten auf eine vitiose Weise erworben hat. §. 4. I. de interdictis. — Gajus §. 150.

Die Verjährungseinrede. Es ist die Frage zu erörtern, ob diese überhaupt bei dem interdictum utrubi statthaft war. Auf den ersten Blick scheint es, als ob die gestellte Frage identisch sei mit der Frage, ob das interdictum utrubi der erlöschenden Verjährung unterworfen war oder nicht; doch dem ist, wie wir bald sehen werden, nicht so. Die von uns gestellte Frage ist für das ältere und neuere Recht besonders zu beantworten. In dem älteren Rechte, nach welchem nur derjenige mit dem interdictum utrubi klagen konnte, welcher die Sache länger als sein Gegner besessen hatte, fand die Verjährungseinrede aus einem rein factischen Grunde nicht statt, nämlich darum, weil für sie kein Platz war, indem der Kläger den Beweis eines längeren Besitzes im Laufe des letztverflossenen Jahres führen mußte. Es ist daher ganz in der Ordnung, daß von derselben weder in der L. 1. de utrubi, welche die Worte des prätorischen Edicts enthält, noch im §. 4. I. de interd., welcher am Anfange von dem älteren Rechte redet, Erwähnung geschehen ist. In dem späteren Rechte findet dieselbe offenbar statt, indem der Kläger nur den Umstand zu beweisen verpflichtet war, daß er die Sache gegenwärtig besitze und von dem Kläger vi gestört worden. Das Resultat ist also folgendes: Das interdictum utrubi unterlag sowohl im älteren als neueren Rechte einer Verjährung. Aber der Beweis, daß die Verjährung nicht erfolgt sei, gehörte nach dem

älteren Rechte mit zur Begründung der Klage, während dies nach dem neueren nicht der Fall ist, so daß nach demselben der Beklagte den Eintritt der Verjährung in Form einer exceptio beweisen mußte. Die Annahme einer jährlichen Verjährung bedarf in Hinsicht auf das ältere Recht keines Beweises, indem sie von selbst daraus folgt, daß der Kläger sich auf den Besitz des vorhergegangenen Jahres nicht berufen durfte. Die Annahme derselben im neueren Rechte rechtfertigt sich dadurch, daß deren Ausschließung eine Reform des alten *interdictum utrubi* in einem sehr wesentlichen Punkte enthalten würde, von einer solchen Reform aber sich in den Quellen keine Andeutungen finden. Ueberdies spricht gegen die Ausschließung derselben die Analogie der übrigen Interdicte, sowie speciell noch der Umstand, daß das *interdictum utrubi* in dem neueren Rechte dem *interdictum uti possidetis* völlig gleichgestellt wurde, bei welchem die einjährige Verjährung notorisch Platz griff.

Die Wirkungen des Interdicts sind ganz dieselben, wie die des *interdictum uti possidetis*. Das in dem Abschnitte über das *interdictum uti possidetis* über die Funktionen und über die Duplicität Gesagte findet auch beim *interdictum utrubi* Anwendung.

Interdictum de vi.

Dies Interdict ist *restituendae possessionis* und es kommt einem aus dem Besitze gemaltsam Entsetzten zu.^{*)} Man hat demselben eine noch größere Ausdehnung vindiciren wollen, indem man auch bloße Detentoren als qualificirt zu dessen Anstellung ansah, aber diese Ausdehnung war dem Römischen Rechte völlig fremd und mußte ihm auch durchaus fremd sein, wie sich dies aus Folgendem ergeben wird. Gleich am Anfange dieser Schrift haben wir gesehen, daß es zwei Arten der Detention giebt, von denen die eine ein juristischer Begriff ist, die andere nicht.

*) Das Wort *deicere* ist erst später entstanden, wenn es auch schon zu Cicero's Zeit allgemein im Gebrauche war. Früher gebrauchte man für die Entsetzung das Wort *detradere*, das sich noch in L. 4. §. 27. de usurp. befindet.

Da nun die Ertheilung der Interdicte von dem rechtsprechenden Magistrate ausgeht, und denselben außerhalb der Rechtssphäre liegende Verhältnisse nicht interessiren konnten, so folgt von selbst, daß die gedachte Ansicht, um richtig sein zu können, vor allem auf eine Art der Detention beschränkt werden mußte, nämlich auf diejenige, welche ein Moment des Besitzes bildet. Aber auch innerhalb dieser Grenze wäre die gedachte Ansicht keine richtige und zwar darum, weil die Anstellung des Interdicts selbstverständermaßen das Vorhandensein eines eigenen sachlichen*) Interesses voraussetzt, der Detentor aber, *qui nomine alieno rem possidet*, kein solches Interesse an der Erhaltung des Besitzes hat. Ist also ein Detentor dejicirt worden, so war kein Grund vorhanden, ihn gegen die Dejection zu schützen. Aber anders verhielt sich die Sache in diesem Falle in Hinsicht auf den Besitzer, der offenbar durch die Dejection einen Schaden gelitten, sein Interesse mußte gewahrt werden. Dies thut auch das Römische Recht wohlweislich, indem es verordnet, daß im Falle, wenn der Detentor dejicirt wird, dies so angesehen werden solle, als ob der Besitzer dejicirt worden wäre. L. 1. §. 22.; „*Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere et ideo his dejectis ipse dejici de possessione videtur.*“ Die L. 1. 9. eod. steht dem nicht entgegen, selbst nach der von uns oben angenommenen Terminologie, wonach *possessio naturalis* im Gegensatz von *possessio civilis* nicht den Interdictenbesitz, sondern die Deten-

*) Obligatorisches Interesse konnte freilich ein Detentor haben. Man nehme z. B. den Commodatar, aber das obligatorische Interesse wurde eben durch die Interdicte nie geschützt. Dies würde ihrer Natur geradezu widersprechen, da sie zwar *vi ipsa* persönliche Klagen sind, aber doch als in *rem* concipirt angesehen werden. Gegen die Art, wie Savigny den Interdictenschutz begründet, läßt sich also auch der Umstand mit Recht anführen, daß die Interdicte dem Detentor in keinem Falle zustehen, und hätte er auch noch so großes obligatorisches Interesse an der Erhaltung des Besitzes seines dominus. Wären die Interdicte gewöhnliche Delictsklagen, wie Savigny glaubt, so würde kein Grund vorhanden sein, sie dem Detentor zu versagen, wenn durch die Störung des Besitzes seines dominus sein obligatorisches Interesse verletzt worden wäre.

tion bezeichnet. Die Worte: „nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet“ haben nämlich nur den Sinn: denn auch die Dejection eines Detentors kann das Interdictum de vi begründen. Ebenso wenig läßt sich dagegen der Umstand anführen, daß das interdictum de vi dem Usufructuar zukommt, denn dasselbe steht ihm offenbar nicht als einem Detentor, sondern als einem Besitzer des Nießbrauchs zu, daher ist auch anzunehmen, daß er mit demselben nur utiliter klagen kann. Man hat sich wohl auch auf andere Fragmente berufen, z. B. auf L. 1. §. 33. de vi. — L. 12. — L. 18. eod., aber diese können, wie Bruns richtig bemerkt, nur „bei einer schülermäßigen Interpretation dafür benutzt werden.“

Nur Cap. 31. der Rede Cicero's pro Cæcina scheint dem entgegen zu sein, wenigstens im Falle der vis armata, indem Cicero daselbst ausdrücklich sagt, daß das interdictum de vi armata durch den Besitz nicht bedingt werde, aber Savigny hat überzeugend dargethan, daß Cicero hiefür als eine historische Autorität nicht angeführt werden könne, indem selbiger als Advocat des Cæcina partiell gesprochen.

Aus den uns überlieferten Quellen (Cicero pro Tullio c. 44. 45., pro Caecina c. 19. 30. 31., Lex Thoria c. 7.) wissen wir, daß das Interdict eine doppelte Formel hatte. Im Falle einer gewöhnlichen vis, die Cicero einmal vis quotidiana nennt, was aber gewiß kein technischer Ausdruck ist, lautete dasselbe also: „unde tu illum vi deiecisti, quum possideret, quod nec vi, nec clam, nec precario abs te possideret, eo restituas.“ Im Falle einer vis armata lautete die Formel: „unde tu illum vi hominibus armatis deiecisti, eo restituas.“ Soll man darum annehmen, daß in dem älteren Rechte zwei besondere Interdicta waren? Man hat dies behauptet, aber ich glaube ohne allen Grund, denn die beiden Formeln unterscheiden sich von einander offenbar nur in dem einzigen Punkte, daß die eine, nämlich die Formel bei der gewöhnlichen Gewalt, die Einrede vitiosae possessionis enthielt, die andere aber nicht. Wenn also der Unterschied zwischen beiden nur die exceptio und nicht das Interdict selbst betraf, so

kann logisch nur die Behauptung richtig sein, daß nur ein einziges Interdict vorhanden war und daß dieses im Falle einer *vis armata* darin verschärft wurde, daß der Dejiquirende die *exceptio vitiosae possessionis* nicht vorschützen konnte. Der Einwand wäre unzulässig: in der Formel für die *vis armata* seien außer der gedachten *exceptio* noch die Worte *quum possideret* ausgelassen worden, und es sei darum anzunehmen, daß zwischen beiden genannten Formeln der sich auf das Interdict selbst beziehende Unterschied stattfand, daß die eine sich nur auf den Besitzer, die andere aber auch auf den Detentor bezog. Darum sei die Meinung vollkommen gerechtfertigt, daß in dem älteren Rechte nicht ein, sondern zwei Interdicten vorhanden waren. Dieser Einwand widerlegt sich durch das, was oben über den Mangel alles und jedes sachlichen Interesses auf Seiten des Detentor, so wie über die Unfähigkeit der Interdicten, rein obligatorische Interessen zu schützen, gesagt wurde. Daraus ergibt sich also, daß die Worte *quum possideret* nicht aus dem Grunde in der Formel ausgelassen werden konnten, weil man das Interdict auch dem bloßen Detentor geben wollte, sondern nur darum — es giebt nämlich keine andere Alternative, — weil man das Requisite des Besitzes als sich von selbst verstehend angesehen hat. In den Pandecten wird nur eine einzige Formel erwähnt, sie lautet: „*Praetor ait: unde tu illum vi deieciisti — de eo quaeque ille tunc ibi habuit intra annum — iudicium dabo.*“ (L. 1. de vi.) In derselben wird der *exceptio vitiosae possessionis* keine Erwähnung gethan, was auch ganz in der Ordnung ist, da dieselbe nach dem Justinianischen Rechte nicht Platz greift. Außerdem wird in derselben, wie in der alten Formel, im Falle der *vis armata* des Besitzes keiner Erwähnung gethan. Aber offenbar ist dies nicht in der Absicht geschehen, um das Interdict auch dem bloßen Detentor zu erteilen.

Der Begriff der Dejection ist aufzufassen als eine vollendete That des Störers. Daraus folgt zweierlei:

- 1) daß sie durch bloße Absicht nicht ausgeführt wird, vielmehr sich thatsächlich äußern muß, und daß diese that-

sächliche Aeußerung von Erfolg sein, d. h. dem Deficienten den einseitigen Erwerb des Besitzes verschaffen muß,^{*)} und

- 2) daß sie ausschließlich von dem Deficirenden ausgehen muß. Handlungen also, welche der Besitzer selbst ausführt, mag er auch zu deren Vornahme durch noch so große Drohungen veranlaßt worden sein, enthalten keine Dejection. L. 5. de vi. In dieser heißt es ausdrücklich, daß keine Dejection in dem Falle stattfindet, wenn der Besitzer selbst den Besitz der Sache tradirt hat.

Damit ist die Dejection nur negativ characterisirt worden, indem das Gesagte uns nur darüber Aufschluß giebt, wann die Dejection als stattgefunden nicht angenommen werden kann. Nun ist dieselbe noch von der positiven Seite aus zu characterisiren. — Der Deficient muß eine solche Handlung begehen, durch welche offen an den Tag gelegt wird, daß der Besitzer seiner Macht gewichen ist. Ein wirkliches Zusammenstoßen mit dem Besitzer ist nicht erforderlich; es genügt vielmehr, wenn der Besitzer in der Absicht entflieht, um dem Zusammenstoße mit dem Deficirenden auszuweichen. Nur muß freilich in Gemäßheit dessen, was sub 1. gesagt wurde, der Besitz von dem Deficirenden erworben worden sein, dann muß von dem Deficirenden gerade der Besitz der Sache bedroht worden sein, endlich muß die Furcht des fliehenden Besitzers keine eingebildete, kein *metus vani ac meticulosi hominis* sein. Letzteres bedeutet das Erforderniß der *vis atrox*, welche in der L. 1. §. 3. de vi erwähnt wird: („— non ad omnem vim pertinet, — sed ad solam atrocem vim — hoc interdictum“). Diese *vis atrox* ist nämlich durchaus nicht als ein höherer Grad der Gewaltthätigkeit aufzufassen, wie es sich aus dem Titel *de actione quod metus causa* ergibt, in welcher auch von einer *vis atrox*

*) Daraus geht mit der vollsten Evidenz hervor, daß die Worte: *quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit* in der L. 33. §. 2. de usurp. sich nicht auf den nachfolgenden Satz, sondern auf den vorhergegangenen beziehen. Die Annahme der Dejection vor Ergreifung des Besitzes wäre nämlich sinnlos.

geredet wird: (L. 1. „quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur?“) und in welcher die vis atrox ausdrücklich als eine solche Gewalt definiert wird, welcher nicht allein ein homo meticulosus, sondern auch ein homo constantissimus nicht widersteht. Cf. auch L. 6. und 7. eod.

In der L. 1. §. 29. de vi findet sich eine Spur einer Controverse der Römischen Juristen in Betreff der Begriffsbestimmung der Dejection. Pomponius hat daran festgehalten: vim sine corporali vi locum non habere, d. h. daß die Dejection ohne einen wirklichen körperlichen Angriff auf den Besitzer nicht eintreten könne; demgemäß leugnete er die Dejection im Falle, wenn der Besitzer metu turbæ perterritus entflohen ist und darauf seine Sache in Besitz genommen wurde.^{*)} Labeo dagegen und Ulpian gingen von der hier entwickelten Begriffsbestimmung der Dejection aus und sie entschieden sich in Folge dessen in dem gedachten Falle für dieselbe. Die Begriffsbestimmung des Pomponius ist unzweifelhaft zu eng. Das wirkliche Hinauswerfen des Besitzers ist eine am meisten in die Augen fallende Form der Dejection, aber sie ist nicht die einzige.

Das interdictum de vi gilt nur dann als inter easdem personas angestellt, wenn der Beklagte selbst sich der Besitzentziehung schuldig gemacht hat. Dies ist eine weitere Folge dessen, daß die Succession in den Besitz absolut ausgeschlossen ist. Man nimmt davon Ausnahmen an — Savigny thut dies auch — und zwar in folgenden Fällen:

- 1) wenn Jemand einem Dritten den Auftrag giebt, den Besitzer zu entsetzen;
- 2) beim Erben, der dafür haftet, quod ad eum pervenit, oder was er erworben haben würde, wenn er nicht dolose gehandelt hätte;

^{*)} Zwar fügt Ulpian in der citirten Leg den Umstand nicht ausdrücklich an, daß der Dejectende den Besitz der Sache ergriffen habe, in dem von Pomponius und Labeo behandelten Falle; aber es kann, denke ich, daran nicht gezweifelt werden, daß derselbe gerade diesen Fall vor Augen hatte.

3) wenn der Slave deficiert hat, indem in diesem Falle gegen den Herrn eine Noxalklage entsteht, so wie eine Klage in id, quod ad eum pervenit.

4) wenn eine andere in Abhängigkeit befindliche Person deficiert hat, indem alsdann der Gewalthaber dafür haftet, quod ad eum pervenit.

Ich glaube aber, daß alle diese Fälle als wirkliche Ausnahmen nicht betrachtet werden können. Im ersten Falle ist das Interdict gegen den Auftraggeber darum wirksam, weil derselbe als Deficient angesehen werden kann. Die Annahme, er sei Deficient, beruht hier auf derselben juristischen Combination, auf Grund deren man im Falle, wenn der Repräsentant deficiert wird, annimmt, als ob der Besitzer selbst deficiert worden wäre. Im zweiten Falle beruht das Interdict darauf, daß es der *aequitas* zuwider wäre, wenn derjenige, der aus einer unter erschwerenden Umständen geschehenen Besitzstörung sich bereichert hat, das Erworbene in seinem Vermögen behalten sollte. So beruht also die Pflicht auf Herausgabe des Erworbenen, auf demselben Principe, aus welchem die Conditionen hervorgegangen sind. Hieran knüpft sich von selbst die Vermuthung, daß der Satz: die Interdicta können auf Herausgabe des Erworbenen gegen die Erben angestellt werden, noch vor der Uebertragung der Conditionen auf den Besitz, entstanden ist, da man ja nicht annehmen kann, daß der Prätor hiebei von seiner sonstigen Gewohnheit, stets das practisch Nöthige im Auge zu haben, abgegangen sei.

Im dritten Falle findet eine Uebertragung der Noxalklage und des Conditionsprincipes auf den Besitz statt, so daß also auch dieser Fall keine Ausnahme von dem Satze bildet, daß es keine Succession in den Besitz giebt.

Im vierten Falle ist das Conditionsprincip auf den Besitz übertragen worden und so bezieht sich das, was mit Rücksicht auf den Fall 2. gesagt wurde, auch auf ihn.

Im Justinianischen Rechte giebt es keine *exceptio vitiosae possessionis* mehr. Wie ist dies zu erklären? Offenbar hat Savigny ganz recht, wenn er die Behauptung aufstellt,

daß der Wegfall der gedachten Exception eine weitere Folge sei der über die Selbsthilfe erlassenen Gesetze, welche den Erwerb des Besitzes auf eine gewaltsame Weise nicht allein verbieten, sondern sogar mit Strafe belegen. Durch die genannten Gesetze ist nämlich die frühere Rechtsansicht verdrängt worden, welche Paulus in den Sent. rec. V. 6. §. 7. in folgende Worte kurz faßt: „Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario impune dejicitur.“

Es fragt sich, ob durch die gedachten Gesetze über die Selbsthilfe der schon von Alters her geltende Grundsatz außer Kraft kam, wonach es erlaubt ist, die vis des Angreifers vi repellere? Da der Besitzer in diesem Falle die Gewalt der Gewalt nur in der Absicht entgegensetzt, um seinen Besitz zu vertheidigen, also um die Dejection zu verhindern, so versteht sich von selbst, daß die gegen die Dejection angedrohten Strafen ihn nicht treffen können. Es ist daher ganz in der Ordnung, daß die Compileren Fragmente, welche auf jenen Grundsatz hinweisen, in's corpus juris aufgenommen haben, z. B. L. 17. de vi, welche lautet: „Qui possessionem vi errepitam, vi in ipso congressu recipiat, in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est.“^{*)}

Noch auf einen Punkt ist aufmerksam zu machen. Da der Besitz eines Grundstücks im Momente der Occupation nur dann verloren geht, wenn es schon in diesem Momente feststeht, daß

*) Die Endworte: „ideoque si te vi dejecero illico tu me, deinde ego te: unde vi interdictum tibi utile erit,“ sind logisch ganz richtig an den Vordersatz angeknüpft. Denn wenn die sofortige Wiederentsetzung des Dejicienten als ein bloßes Vertheidigungsmittel des Besitzes gilt, so folgt von selbst, daß, wenn es dem Dejicienten zum zweiten Male gelingt, den Besitzer des Besitzes zu entsetzen, Letzterer nicht als ein früherer Dejicient, also nicht als ein vitioser, sondern als ein nicht vitioser Besitzer angesehen werden muß, und folglich mit dem interdictum de vi selbst nach dem alten Rechte klagen kann, indem ihm die exceptio vitiosae possessionis nicht entgegensteht. — Es versteht sich von selbst, daß die Dejection nur unter bestimmten Bedingungen als Vertheidigungsmittel gilt, nämlich nur dann, wenn sie, wie sich die L. 3. §. 9. de vi ausdrückt: non ex intervallo sed ex continenti geschieht.

der Besitzer den Gegner zu vertreiben entweder nicht im Stande ist oder auch auf die Vertheidigung des Besizes verzichtet hat, so folgt von selbst, daß wenn der Besitzer erst nach einer langen Zeit die Invasion seines Grundstücks in Erfahrung gebracht hat, der gedachte Zeitraum ihm nicht schädlich sein kann und sonach die versuchte oder gelungene Vertreibung des Invasors aus dem Grundstücke von den gegen die Selbsthilfe angedrohten Strafen nicht getroffen wird, indem sie rechtlich nur als ein Vertheidigungsmittel des Besizes in Betracht kommt.

In Betreff der Verjährungseinrede gelten folgende Grundsätze. Sie ist jährlich, das Jahr wird, wie bei allen einjährigen Klagen utiliter gerechnet. Bei der *vis armata* fiel sie weg, im Justinianischen Rechte kommt sie nie zur Anwendung. Wichtig ist hierbei die Bestimmung, daß, wenn das Interdict auf das geht, *quod ad rem pervenit*, nicht die einjährige, sondern die dreißigjährige Verjährung Platz greift. Dieser Umstand bestätigt unsere obige Vermuthung, daß die Nichtigkeit des Interdicts auf die Herausgabe dessen, wodurch sich der Beklagte ohne einen Rechtsgrund dazu zu haben, mit Schaden des Besitzers bereichert hat, auf demselben Principe beruht, wie die *Conditiones*. Denn ist dies der Fall, so mußte es passend erscheinen, bei dem gedachten Klagantrage die nämliche Verjährungszeit festzusetzen, welche bei den *Conditiones* zur Anwendung kommt.

Ueber die Wirkungen des Interdicts ist Folgendes zu bemerken. Dasselbe geht *principaliter* auf Herausgabe der Sache, und im Falle, wenn diese factisch unmöglich ist, auf entsprechende*) Geldentschädigung (L. 1. §. 4. de vi. — L. 15. eod.), dann auf Entschädigung, wenn die Sache beschädigt wurde, vorausgesetzt, daß die Beschädigung ohne die Dejection nicht stattgefunden hätte. Da in Fällen, in denen der Kläger auf Herausgabe der Sache klagt, dieselbe sich im Vermögen des Beklagten befindet, so folgt von selbst, daß der genannte Klag-

*) Also nicht auf Entschädigung des Werthes der Sache, sondern auf Entschädigung des Werthes des Besizes. L. 6. de vi.

antrag nur in Folge einer dreißigjährigen Verjährung erlöschen kann, indem er ja gerade auf das gerichtet ist, wodurch sich der Beklagte aus dem Vermögen des Klägers, ohne ein Recht dazu zu haben, bereichert hat. Incidenter kann das Interdict auf jeden anderweitigen Schadenersatz angestellt werden, also z. B. für die entgangenen Früchte,^{*)} für den Verlust oder die Beschädigung anderer Sachen, sofern dies ohne die Dejection nicht eingetreten wäre. L. 1. § 41. de vi.

Muß auch der Schaden ersetzt werden, der durch Unterbrechung der Usucapion entstanden ist? Für's ältere Recht ist dies zu verneinen, für's neuere Recht dagegen, in welchem die Interdicte sich in gewöhnliche Klagen verwandelt haben, zu bejahen, nur wird hierbei der Beweis sehr schwierig sein. Für's ältere Recht ist dies darum zu verneinen, weil die obligatio zwischen den Litiganten im Momente des Ungehorsams des Beklagten gegen den Befehl des Prätors entstand, der Befehl des Prätors aber nur auf Herausgabe der Sache ging. Die L. 71. §. 1. de furtis kann dagegen nicht angeführt werden, sie lautet: „Ejus rei, quae pro haerede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit: quia furti agere potest is, cuius interest, rem non subripi: interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est: non ejus, qui lucrum facturus esset.“ Mit dieser L. hat es folgende Bewandniß: Für das ältere Recht, in welchem noch der Grundsatz galt, daß ein Furtum an den erbhaftlichen Sachen nicht begangen werden kann, war ihre Entscheidung eine vollkommen richtige, aber offenbar nicht aus dem in ihr angegebenen Grunde, indem man Demjenigen, welcher eine Sache in der Absicht besitzt, um sie zu usucapiren, den Mangel alles Interesses an der Erhaltung des Besitzes nicht absprechen kann. Da nun der in der genannten L. angeführte Grund für das ältere Recht ganz unpassend ist und ein passender Grund so nahe liegt, so ist die Annahme vollkommen gerechtfertigt, daß derselbe

^{*)} Dieselben werden vom Tage der Dejection an gerechnet. L. 1. §. 40. de vi.

ein Zusatz der Compilatoren ist, den dieselben darum hinzugefügt haben, weil sie glaubten, daß das Fragment in dieser Fassung ins *corpus juris* aufgenommen werden könne. Diese Meinung der Compilatoren war aber eine irrige, indem ihr andere Fragmente entgegen stehen, wie z. B. die L. 12. §. 1. de furtis. — §. 15. J. de obl. quae ex del.

Nun ist noch die Frage zu erörtern, ob das *interdictum de vi* durch das Gesetz des Valentinian III., das sich im Justinianischen Codex in der L. 7. des Titels unde vi befindet, auf bewegliche Sachen ausgedehnt wurde oder nicht? Meiner Ueberzeugung nach ist sie entschieden zu bejahen. Wird die Gewalt gegen den Besitzer einer beweglichen Sache, der zugleich nicht Eigenthümer der Sache ist, verübt — dieser Fall interessirt uns hier allein — so steht nach dem gedachten Gesetze dem desicirten Besitzer das Recht zu, die Herausgabe des Besitzes auf gerichtlichem Wege, also durch eine Klage von dem Desicirten zu fordern. Diese Klage ist offenbar keine *actio*, sondern ein *Interdict*, indem bei der Anstellung einer *actio* der Beweis eines erworbenen Rechts erforderlich ist und der Desicirte diesen hier zu führen nicht braucht. Wie soll man nun das *Interdict* benennen? Wir selbst können ihm keinen Namen geben; wir müssen daher, da es doch einen Namen haben muß, uns in den Quellen nach einem passenden Namen für dasselbe umsehen. Und thun wir dies, so stellt sich uns für das Justinianische Recht kein passenderer Name als der Name *interdictum de vi* heraus, indem alle bei dem alten *interdictum de vi* vorkommenden Voraussetzungen, mit einziger Ausnahme des Unterschiedes dem Objecte nach, hier zutreffen. Was folgt daraus? Etwa, daß es zwei besondere *interdicta de vi* in dem Justinianischen Recht giebt, von denen das eine für unbewegliche, das andere für bewegliche Sachen bestimmt ist? Dies können wir nicht glauben, da das streitige Object an sich auf die Natur der Klagen sonst nirgends einen Einfluß hat, deren Natur vielmehr durch ganz andere Umstände bestimmt wird. So bleibt also nichts anderes übrig, als anzunehmen, daß in Folge des gedachten Gesetzes das *interdictum de vi*

auch auf Mobilien ausgedehnt wurde. Bei dieser Behauptung gehen wir freilich von der Voraussetzung aus, daß das *interdictum utrubi* im Justinianischen Rechte lediglich auf Fälle des gegenwärtigen Besizes beschränkt ist. Die Richtigkeit derselben geht mit der allergrößten Evidenz daraus hervor, daß im Justinianischen Rechte der Kläger bei dem *interdictum utrubi* nicht mehr zu beweisen braucht, daß er die Sache im Verlaufe des letztverfloffenen Jahres längere Zeit hindurch als der Beklagte besessen hat. Wir verweisen hierbei auf das, was oben über den innigen Zusammenhang zwischen dem Requisite, die Sache *per maiorem partem anni* zu besitzen und der Zuständigkeit des *Interdicts* einem Nichtbesitzer, gesagt wurde, fügen aber noch folgendes neue Argument hinzu. Wäre das Erforderniß des Besizes *per maiorem partem anni* durch die Erweiterung des *interdictum utrubi* auf Nichtbesitzer nicht veranlaßt worden, so würde der klagende Besitzer nur den Beweis eines gegenwärtigen Besizes zu führen haben; die Beweislast, daß er die Sache *per maiorem partem anni* nicht besaß, würde alsdann dem Beklagten zufallen müssen. Das Proceßverfahren bei dem *interdictum utrubi* ist aber offenbar ein anderes, der besitzende Kläger muß so gut wie der Nichtbesitzende beweisen, daß er die Sache eine längere Zeit als der Gegner besaß.

Das *interdictum de clandestina possessione*.

In den Institutionen und den Pandecten wird dieses *Interdicts* keine Erwähnung gethan. Sollen wir daraus folgern, dasselbe habe nie existirt? Dies ist unmöglich, indem sich dann der Umstand nicht erklären ließe, daß die *clandestinitas* unter die *vitia possessionis* neben der *vis* und dem *precarium* gezählt wird. Der Einwand ist nämlich unzulässig: man habe das *vitium clandestinitatis* darum angenommen, um dem Beklagten eine *exceptio vitiosae possessionis* zu sichern, wenn er von demjenigen belangt wird, der sich früher einer heimlichen Besitzentsetzung gegen ihn schuldig gemacht hat. Denn daraus, daß die *Exceptionen* sich auf das Princip gründen, daß derjenige, welcher gegen die Gebote der Sittlichkeit handelt,

sich selbst jedes Anspruchs auf den Schutz nach dem Sittlichkeitsprincipe begiebt, folgt von selbst, daß nur diejenige Besitzverletzung eine Exception zu begründen vermag, welche auch eine Klage begründet, indem sonst der letzte Störer besser behandelt wäre als der vorige, und es nicht einzusehen ist, worin er besser sein sollte als der vorige. Der Umstand, daß der eine Litigant den Besitz früher, der andere später gestört hat, kann die Parität zwischen beiden unmöglich aufheben, ebensowenig der Umstand, daß der letzte Störer zu der Störung dadurch gleichsam veranlaßt wurde, daß ihn der Kläger früher des Besitzes entsetzt hatte, da er den Weg Rechtens offen hatte und somit zu der Eigenmacht seine Zuflucht zu nehmen nicht genöthigt war. Ueberdies giebt es zwei Stellen, welche die Existenz des Interdicts für das ältere Recht außer Frage stellen, nämlich L. 7. §. 5. *comm. div.* und Cicero in *Rullum* III. 3. Das Schweigen der Institutionen und Pandecten ist gewiß so zu erklären, wie es Savigny thut, nämlich aus dem Umstande, daß das Interdict nur auf Immobilien ging und somit, nachdem sich der Satz in der Römischen Rechtsdoctrin gebildet hat, daß Immobilien *clam* nicht beseffen werden können, von selbst außer Gebrauch kommen mußte. Zeugnen läßt sich aber nicht, daß der Umstand, daß das Interdict im Verlaufe der Zeit auf bewegliche Sachen nicht ausgedehnt wurde, ein auffallender ist, indem offenbar die *actio furti*, *ad exhibendum* und die Besitzconditionen für alle Fälle des gestörten Besitzes nicht ausreichten, da die zwei ersteren den Beweis eines rechtlichen Interesses erforderten, die letzteren aber nur unter der Voraussetzung angestellt werden konnten, wenn der Störer das, wodurch er sich *sine causa* bereichert hat, noch gegenwärtig in seinem Vermögen hat. Das *interdictum utrubi* konnte diese Lücke unmöglich ausfüllen in der Zeit, wo es noch auf einen verlorenen Besitz ging, da angenommen werden muß, daß dasselbe eine *vis* voraussetzt, indem die Worte des prätorischen Edicts nur dieser Erwähnung thun (L. 1. *utrubi*: „*quominus is eum ducat, vim fieri veto*“) und indem die Ausdehnung desselben auf Fälle der heimlichen Besitzstörung durch keine juristische Combination

vermittelt werden konnte. Die gedachte Ausdehnung wäre also gegen alle Gewohnheit der Römischen Juristen, welche bekanntlich die ihnen überlieferten Rechtsätze nur dann weiter ausbildeten, wenn dies auf einem wissenschaftlichen Wege geschehen konnte, also durch Subsumption, Fiction, Analogie u. s. w.

Wirkungen und Exceptionen sind die nämlichen, wie bei dem *interdictum de vi*.

Was den Begriff der *clandestina possessio* anbelangt, so stellt ihn die L. 6. pr. de poss. vollkommen erschöpfend dar, was ein seltenes Beispiel ist, indem die Quellen gewöhnlich in dieser Hinsicht nicht befriedigen. Dieselbe lautet: „*Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et, ne faceret, timebat.*“

Um der *clandestinitas* eine feste Bedeutung zu geben, mußte man bei deren Beurtheilung einen bestimmten Zeitmoment zu Grunde legen, etwas, was z. B. auch bei der Beurtheilung der *bona fides* geschieht. Ein passenderes Zeitmoment konnte es hierbei nicht geben, als es der Anfang des Besizes ist. Mit vollem Rechte bemerkt die schon angeführte L. 6.: „*non enim ratio obtinende possessionis sed origo nanciscendae exquirenda est.*“*) Daraus ergeben sich logisch zwei wichtige Folgerungen:

*) Von einem andern Gesichtspunkte geht hierbei die L. 4. pro suo aus. In freier Uebersetzung hat sie folgenden Sinn: Hast du eine gestohlene Sklavin im guten Glauben gekauft, so wirst du das von ihr dir geborene Kind nur dann ersitzen können, wenn du dasselbe auf eine heimliche Weise nicht besitzest, d. h. wenn du *nescieris intra statutum tempus, cuius id mancipium esset, aut si scieris neque poteris certiorum dominum facere*. Hier ist also der Anfang des Besizes der Beurtheilung der *clandestinitas* nicht zu Grunde gelegt worden. Die Erklärung dessen aus dem „besonderen Rechte der *ancilla furtiva*, das ohnehin so viel Abweichendes hat,“ ist nicht befriedigend, da sie im Grunde genommen nicht eine Erklärung, sondern ein Verzicht auf eine Erklärung ist. Ich glaube, daß am ehesten noch angenommen werden kann, Pomponius habe mit seiner Ansicht ganz isolirt dagestanden, ebenso wie mit seiner Ansicht über das *furtum*, wie Stinzing (Verhältniß der *bona fides* zum *titulus*) bewiesen hat, und wohl auch mit seiner Ansicht über die *Dejection*, als deren Erforderniß er die Anwendung einer *vis corporalis* betrachtet.

1) Die *purgatio* des *vitium clandestinitatis* ist absolut unmöglich L. 40. §. 2. de poss.

2) Ein nicht heimlich angefangener Besitz kann in der Zukunft nie zu einem heimlichen werden. L. 6. de poss.

Kann wohl der Eigenthümer seine eigene Sache clam besitzen? Die L. 40. §. 3. de poss. verneint. Der Grund davon wird sich aus folgender Betrachtung ergeben.

Der Begriff des vitiosen Besitzes entstand in Hinblick auf die *Interdicte*.*) Wäre der Besitz durch die *Interdicte* nicht geschützt, so wäre auch kein Grund vorhanden, den vitiosen Besitz von einem nicht vitiosen zu unterscheiden. Da dem so ist, so leuchtet ein, daß der Eigenthümer seine Sache clam in dem streng juristischen Sinne des Wortes nicht besitzen kann, da Niemand das *interdictum de clandestina possessione* gegen ihn mit Erfolg anzustellen berechtigt ist. Es sind hiebei zwei Fälle zu unterscheiden: a) wenn der Eigenthümer oder sein *auctor* den irregulären Besitz auf einen Dritten übertragen hat, und b) wenn dies nicht geschehen ist. Im ersten Falle ist die Anstellung des *Interdicts de cland. poss.* überflüssig und unmöglich. Ueberflüssig darum, weil im Falle der Besitzstörung auch das Recht, mit welchem der Besitz *accessorisch* verbunden ist, verletzt wird und also eine *actio* angestellt werden kann. Unmöglich ist die Anstellung des gedachten *Interdicts* darum, weil es in der Natur der Sache selbst liegt, daß nicht aus einem *accessorischen*, sondern aus einem principellen Verhältnisse geklagt werden muß, wenn beide Verhältnisse gleichzeitig verletzt wurden. Im zweiten Falle wäre das vorerwähnte *Interdict* darum erfolglos und also zwecklos, weil der Besitzer nur auf eine vitiose Weise zum Besitze kommen konnte, und somit dem Eigenthümer die *exceptio vitiosae poss.* zu Gute kommt. Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß der Eigenthümer seine Sache

*) Dem steht die Einführung der *exceptio vitiosae possessionis* nicht entgegen. Denn deren Existenz ist nur eine weitere Folge des *Principis*, auf den sich die *Interdicte* gründen. Es versteht sich nämlich von selbst, daß nur derjenige sich auf die Gebote der Sittlichkeit berufen kann, der gegen sie nicht verstoßen hat.

auch vi nicht besitzen kann, wenn man das Wort im streng juristischen Sinne nimmt. Daß derselbe eine precaria possessio nicht haben kann, versteht sich von selbst und folgt daraus, daß er, sobald sein Eigenthum feststeht, schon aus einem factischen Grunde kein Precist seiner eigenen Sache sein kann.

Interdictum de precario.

Precarium ist ein obligatorisches Verhältniß, es unterscheidet sich aber wesentlich von allen andern obligatorischen Verhältnissen und zwar auf eben die Weise, wie der Besitz von den übrigen Sachverhältnissen. So wie der Besitz ein factisches Sachverhältniß ist, so ist das precarium ein factisches Obligationsverhältniß sowohl nach dem jus civile als auch nach dem jus gentium. Dem, daß das precarium kein Vertrag ist, widerspricht der Umstand nicht, daß es, wie aus der L. 2. §. 2. de prec., L. 19. §. 2. eod., Paulus V. 6. §. 10. hervorgeht, außer des Interdicts noch mit zwei Klagen geschützt wird, nämlich mit einer actio in factum und einer concitio incerti. Denn beide genannten Klagen gründen sich offenbar nicht auf einen Vertrag. Die erstere gründet sich darauf, daß es, wie sich die L. 2. §. 2. ausdrückt, natura aequum est, tandiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim ut possim revocare, quum mutavero voluntatem. Auch die condictio incerti gründet sich auf einer allgemeinen sittlichen Idee, nämlich darauf, daß der Precist sich sine causa aus dem Vermögen des precario dans bereichert hat. Einen Beleg dafür, daß das precarium keine Klage erzeugt, liefert die L. 14. pr. de prec.: „Interdictum de precario merito introductum est, quia nulla illo nomine juris civilis actio esset.“ Aus ihr kann aber offenbar nicht gefolgert werden, daß das precarium nach dem jus gentium ein Vertrag ist. Paulus spricht hier darum nur von dem Mangel einer civilen Klage, weil das precarium dem jus civile angehört, weil also, wenn es ein Vertrag wäre, es auch eine civile Klage erzeugen müßte. Daran dachte aber Paulus ganz gewiß nicht, daß dasselbe von dem Standpuncte des Prätorischen Rechts und des jus gentium aus als ein Ver-

trag angesehen werden muß, da auch nach dem *jus gentium* das *precarium* nur dann ein Vertrag sein könnte, wenn der Concedent dem Precisten gegenüber obligirt worden wäre.

Das *precarium* entsteht dann, wenn Einer (*precario dans*) dem Anderen (*precario accipiens*) eine Sache übergiebt, damit dieser das Eigenthum oder eine Servitut daran ausübe, aber mit dem ausdrücklichen Vorbehalt einer willkürlichen Rückforderung derselben. Und eben wegen dieses Vorbehalts ist das *precarium* keine juristische Obligation. L. 14. de *prec.*: *magis enim ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat precarii conditio*. Eine juristische Obligation setzt nämlich bestimmte Pflichten und Rechte der contrahirenden Partheien voraus, solche Pflichten und Rechte sind aber beim *precarium* auf Seiten des Concedenten nicht vorhanden, indem er die Sache beliebig zurückfordern kann, und dies nicht als eine dem Rechte des Precisten angehängte Resolutivbedingung anzusehen ist, da die Erfüllung einer Resolutivbedingung von dem Willen des Verpflichteten nicht abhängig sein kann.*) Das Recht des Concedenten, die Sache willkürlich zurückzufordern, ist also nicht ein Ausfluß eines Vertrages, dasselbe steht ihm vielmehr darum zu, weil er seinen Willen durch keinen Vertrag gebunden hat. Das gedachte Recht ist somit weiter nichts, als eine Eigenthumsbefugniß. Der Umstand, daß das *precarium* kein juristisches Verhältniß ist, erklärt auch, daß dasselbe eine gewöhnliche Geschäftsform bei Ertheilung eines Bauernguts einem Clienten war. Ob das *precarium* dem Clientenverhältniß seine Entstehung verdankt, d. h. ob dasselbe ohne dieses nie entstanden wäre, ist mit Sicherheit nicht zu entscheiden. So viel scheint mir aber unzweifelhaft zu sein, daß seine factische Natur daraus nicht abgeleitet werden kann, daß dasselbe eine gewöhnliche Geschäftsform war zwischen dem Patron und dem Clienten, wenn ersterer dem letzteren ein Gut zur Bebauung übergeben wollte, in-

*) Dem steht die L. 23. de *reb. jud.* nicht entgegen, wenn auch in derselben das *precarium* ein *contractus* genannt wird, indem das genannte Wort hier die eigentliche technische Bedeutung nicht hat. Cf. Savigny §. 42.

dem dasselbe vielmehr schon an und für sich ein rein factisches Verhältniß ist.

Nach der L. 2. §. 3. de prec. soll das precarium seinen Namen daher erhalten haben, daß der Precist preces adhibet, ut sibi possidere aut uti liceat. Diese Ableitung scheint mir so ungeschickt zu sein, wie die Ableitung des Wortes arcisium ab hostibus arcendis. Jedenfalls steht so viel fest, daß es für dessen Entstehung ganz gleichgültig ist, ob der Precist gerade gebeten hat oder nicht. Dies geht hervor aus Paulus V. 6. §. 11.

Es wurde gesagt, das precarium erzeuge keine Klage. Dem steht der Umstand nicht entgegen, daß der Concedent gegen den Precisten ein Interdict hat, wenn dieser sich weigert, ihm die Sache auf sein Verlangen herauszugeben. Denn das interdictum de precario gründet sich nicht auf einen Vertrag, sondern auf einen ganz anderen Grund, nämlich im Falle, wenn der Concedent während der Dauer des precarium Besitzer der Sache blieb, auf die Besitzentziehung, und im Falle, wenn während des precarium der Precist die Sache besaß, darauf, daß der Precist durch verweigerte Rückgabe der Sache den Concedenten des sofortigen Besitzerwerbes, auf welchen derselbe ein Anrecht hat, beraubt. Auch im zweiten Falle ist das Interdict restitutorisch, da der Klageantrag des Concedenten nicht auf Erwerb eines neuen, sondern auf Wiedererwerb eines schon gehabtten Besitzes geht, der Prätor somit an den Precisten keinen anderen Befehl erlassen konnte als: restituas, die Eintheilung aber in restitutorische und retentorische Interdicte aus der bestimmten Art und Weise, in welcher der Prätor seinen Befehl erläßt, abgeleitet wird. Aber noch auf eine andere Weise läßt sich erweisen, daß das gedachte Interdict recuperandae und nicht adipiscendae possessionis ist, nämlich dadurch, daß die Anstellung der letzteren Interdicte sich auf einen Rechtsgrund stützt, der Concedent aber, wenn er nicht die rei vindicatio, sondern das Interdict anstellt, die Absicht zeigt, sich auf den Rechtsgrund, der ihm, wenn er Eigentümer der Sache ist, auch zu Gebote steht, nicht einzulassen, sondern sich lediglich an das Factum des Besitzes zu halten.

Das Interdict geht auf Rückgabe oder im Unvermögens-
 falle auf Ersatz des Schadens, aber nur dann, wenn derselbe
 durch *dolus* oder durch *culpa lata* verursacht wurde. L. 2.
 pr. de prec. L. 8. §. 6. eod. Von der Zeit der Anstellung
 an muß freilich der Precist für jeden Schaden einstehen, da er
 sich von nun an in *mora* befindet. L. 8. §. 6. in *fine*, de
 prec. Woher kommt die Bestimmung, daß der Precist nur
 für *dolus* und *culpa lata* verantwortlich ist? Offenbar daher,
 daß das Interdict sich nicht auf einen Vertrag gründet. Die
 Sache ist die: die Pflicht, für den *dolus* zu haften, kann ohne
 Vertrag entstehen, da sie auch aus der sittlichen Idee abgeleitet
 werden kann, auf welche sich auch die Interdicten gründen; da-
 gegen ist die Pflicht, den aus der *culpa levis* entstandenen
 Schaden zu ersetzen, stets entweder eine Vertragspflicht, oder,
 wie beim Vormunde, eine Amtspflicht. Und wie ist es mit
 der *culpa lata*? Streng genommen läßt sich auch diese aus
 der höheren sittlichen Idee nicht ableiten; aber man hat die
 Pflicht, auch für diese zu haften, dem Precisten darum aufer-
 legt, weil durch die Rechtsdoctrin der Grundsatz sanctionirt
 wurde, daß die *culpa lata* dem *dolus* zwar nicht theoretisch
 aber practisch gleichstehe. In dem prätorischen Edicte war von
 der *culpa lata* nicht die Rede, wie dies sich aus der L. 2. de
 prec. ergibt, in welcher das prätorische Edict angeführt wird.

Exceptionen kann es hiebei selbstverständermaßen gar
 nicht geben, mit Ausnahme der dreißigjährigen Verjährungs-
 einrede, welche allgemein dann Platz greift, wenn die Klage in
 einer kürzeren Zeit nicht erloschen ist, und welche somit die
 äußerste Zeitgränze ist, bis zu welcher die Klagen wirksam sein
 können, mit Ausnahme einiger wenigen Klagen, die das Pri-
 vileg einer noch längeren Dauer haben.

Das Object derselben waren eben so wohl bewegliche als
 unbewegliche Sachen; fürs neuere Recht ist dies eine ausge-
 machte Sache, fürs ältere muß dies wohl darum behauptet
 werden, weil sich nirgends eine Spur einer Reform des älteren
 Rechts findet. Die Stelle aus Isidor orig. V. 25. ist kein
 sicherer Beleg für die entgegengesetzte Ansicht, ebensowenig die

L. 4. pr. de prec. Savigny mußte freilich das Gegentheil behaupten, da er die nichtjuristische Natur des precarium lediglich aus dem Umstande ableitet, daß dasselbe dem Lehnsherrn Verhältnisse der Klienten seine Entstehung verdankt.

Es bleibt noch übrig, auf die Eigenthümlichkeit des precarium aufmerksam zu machen, daß dasselbe zwar auf die Erben des Concedenten, aber nicht auf die Erben des Precisten übergeht. L. 12. §. 1. de prec. Auch diese Eigenthümlichkeit erklärt sich daraus, daß das precarium kein juristisches Verhältniß ist, und nur juristische Verhältnisse auf Erben übergehen können. In dem Erbrechte tritt die factische Natur des precarium ebenso entschieden hervor, wie die factische Natur des Besitzes, denn auch letzterer geht bekanntlich auf die Erben nicht über. Paulus V. 6. §. 12. giebt den Grund folgendermaßen an: „nullae enim preces ejus videntur adhibitae.“ Die L. 12. §. 1. de prec. giebt ihn so an: „quippe ipsi dumtaxat non etiam heredi concessa possessio est.“ Dies deutet offenbar darauf hin, daß ein factisches Verhältniß nur durch Facta erworben werden kann, ein solches Factum aber nicht vorliegt, wenn der Erbe des Precisten seinerseits keine Bitte an den Concedenten stellt, derselbe möge ihn im weiteren Genuße des precarium belassen. Auf die Erben des Concedenten geht das Rückforderungsrecht der Sache darum über, weil dasselbe nichts weiter als eine Eigenthumsbefugniß ist, Eigenthumsbefugnisse aber sammt dem Eigenthum auf die Erben übergehen.

Da nun das precarium auf die Erben des Precisten nicht übergeht, so folgt, daß wenn sich das Object des precarium nach dem Tode des Erblassers in ihren Händen befindet, gegen sie nach Strenge des Rechts nicht das interdictum de precario, sondern nur die Eigenthumsklage angestellt werden kann. In der That finden wir diese Ansicht ausgesprochen bei Paulus V. 6. §. 12., der dafür den Concedenten mit dem interdictum de clandestina possessione entschädigen will: („magis dicendum est, clam possidere.“) Andere Stellen, wie L. 8. §. 8. de prec., L. 2. C. eod. lassen gegen die Erben des Precisten

auch mit dem *interdictum de precario* *) klagen. Daß auch eine *condictio incerti* (L. 2. §. 2. de *precario*. L. 19. §. 2. eod. Paulus V. 6. §. 10.) angestellt werden kann, versteht sich von selbst. Wie kam Paulus auf die Meinung, daß das *interd. de eland. poss.* weit eher passend sei gegen die Erben des Precisten, als das *interd. de precario*? Ich glaube, Paulus dachte sich die Sache so: Das *precarium* ist, so wie die Schenkung, ein auf der Liberalität **) beruhendes Geschäft; wenn daher der Precist stirbt, so verpflichtet die *fides* dessen Erben, den Concedenten davon in Kenntniß zu setzen und ihn zu bitten um weitere Belassung in dem nämlichen Verhältnisse zur Sache, in welchem sich ihr Erblasser zu ihr befand; thun sie dies nicht, so kann angenommen werden, daß sie den Tod ihres Erblassers absichtlich verheimlichen, um die Sache länger zu behalten.

Besitzesklagen.

Unter den Klagen *** gibt es einige, welche nicht auf dem Erwerbe eines bestimmten Rechtes, sondern auf einer sittlichen Idee beruhen, speciell auf der Idee, daß es sich mit den Forderungen der höheren Gerechtigkeit nicht vereinigen ließe, wenn derjenige, der sich mit Schaden eines Anderen, ohne eine *justa causa* dazu gehabt haben, bereichert hat, den so erworbenen Gegenstand in seinem Vermögen behalten sollte.****) Es ist daher nichts auffallendes, daß die gedachten Klagen in der Sphäre des Besitzes neben den Interdicten zur Anwendung kommen, vielmehr ist dies als etwas naturgemähes und normales anzusehen. Da die Besitzesklagen eine Bereicherung des Beklagten voraussetzen, so folgt von selbst, daß sie nur resti-

*) L. 8. §. 8. de *poss.* — L. 2. C. eod.

**) L. 2. §. 2. de *precario*: „— Est enim aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim etc.“

***) Bruns gebührt das Verdienst, in neuerer Zeit auf die Besitzesklagen in gebührender Weise aufmerksam gemacht zu haben. Savigny übergeht sie in seiner Besitzeslehre ganz mit Stillschweigen.

****) L. 6. de *cond. ob turp. causam*., L. 1. §. 3. de *cond. sine causa* drücken sich mit Hinsicht auf das gedachte frühere Rechtsprinzip so aus: „in id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici.“

tutorisch sein können. Dies drückt auch die L. 1. §. 4. uti possid. ausdrücklich aus: „Omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut quod non possidemus, nobis restitatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus. Restituendae possessionis ardo aut interdicto expeditur aut per actionem.“

Die Quellen bleiben aber nicht bei diesem allgemeinen Ausspruche stehen, sie gehen noch specieller auf die Sache ein. Die L. 25. §. 1. de furtis, L. 1. §. 1. de cond. tritic. L. 2. eod. erklären sich für die Zulässigkeit der Besitzesconditionen im Falle der Dejection.

L. 15. §. 1. de cond. indeb. meint, daß im Falle, wenn Jemand einem Anderen in der irrigen Voraussetzung, daß er dessen Schuldner sei, den Besitz tradirt hat, ihm eine Besitzescondition ex causa indebiti zukomme.

L. 9. pr. quod metus causa und L. 21. §. 2. eod. lassen den Besitzer mit der actio quod metus causa klagen, wenn derselbe zur Tradition des Besitzes durch Gewalt veranlaßt wurde. Auch darin finde ich nichts auffallendes. Die actio quod metus causa beruht auf demselben Principe wie die Conditionen und sie heißt gewiß nur darum keine conditio, weil sie erst durch das prätorische Edict eingeführt wurde.^{*)}

Auch die conditio incerti von der in dem Abschnitte: Ueber das interd. de precario die Rede war, beruht auf Anerkennung der Pflicht der Herausgabe dessen, wodurch sich der Gegner injuste bereichert hat.

^{*)} Das jus civile kannte sie darum nicht, weil dasselbe einseitig an dem Grundsätze festhält: quamvis coactus volui, tamen volui. Es ist offenbar, daß nach demselben nicht gesagt werden kann, daß der Gegner die Sache sine causa im Vermögen hat, indem nach ihm die causa in dem Willen des Beschädigten liegt. Durch die Einführung der actio quod metus hat aber der Prätor jenen in der Natur der Sache begründeten Satz nicht aufgehoben, sondern nur seine Sphäre in dem gebührenden Umfange begrenzt. In der Prätorischen Auffassung liegt ein Fortschritt; denn wenn es auch wahr ist, daß der Gezwungene gewollt hat, so ist doch andererseits nicht zu leugnen, daß der Gegner sich, da der Zwang eine unrechtliche Handlung ist, sine causa bereichert hat.

In der L. 23. §. 2. ex quib. caus. maj. spricht Ulpian die Meinung aus, daß im Falle, wenn ein Großjähriger den Besitz eines Grundstücks oder eines Nießbrauchs durch Gefangennehmung verloren hat, er den Antrag auf die restitutio in integrum stellen kann. Auf den ersten Blick scheint darin etwas auffallendes, unerhörtes zu liegen. Dies ist aber nicht der Fall, indem die Restitution ebenfalls auf der Idee der höheren Gerechtigkeit beruht, da sie in nichts anderem besteht, als in der Abwendung derjenigen Folgen, welche secundum tenorem juris aus einer bestimmten Thatsache entspringen. Das jus postliminii und die fictio legis Corneliae würde freilich auf den Besitz keine Anwendung haben können, weil die genannten beiden Rechtsmittel ihrer Natur nach lediglich auf Rechtsverhältnisse beschränkt sind, indem sie gegen die aus der Gefangennehmung entspringenden nachtheiligen Folgen mit Hilfe der Fiction operiren, daß die Gefangennehmung, sofern sie ein Rechtsgrund, ein Rechtstitel beim Verluste der Rechte ist, nicht stattgefunden hat, der Verlust des Besitzes sich aber nicht auf einen rechtlichen, sondern auf einen rein factischen Grund stützt, gegen den die beiden gedachten Rechtsmittel eben so wenig etwas auszurichten vermögen, wie gegen die Gefangennehmung selbst, sofern sie als ein bloßes Factum in Betracht kommt. Eine ganz andere Bewandniß muß es mit der Restitution haben, indem dieselbe gegen den Grund, auf den sich das Erlöschen eines bestimmten Verhältnisses gründet, nicht operirt, sondern nur die an die Erlöschung desselben geknüpften Rechtsfolgen aufhält.

Die Condictio, von welcher die L. 6. de donat. inter vir. et ux. redet, ist nicht possessorisch, sondern petitorisch, indem sie sich darauf gründet, daß die Ehegatten das Eigenthum an den während der Ehe einander geschenkten Sachen nicht erwerben. Possessorisch wäre sie nur dann, wenn das Schenkungsverbot unter den Ehegatten sich auch auf den Besitz beziehen möchte, was, wie in dem Abschnitte über die Bedeutung der possessio civilis bemerkt wurde, nicht der Fall ist.

Die Conditionen erhielten durch die Uebertragung auf den

Besitz eine wichtige Modification. Innerhalb der Besitzsphäre sind sie nämlich nicht mehr *actiones stricti juris*, sondern *actiones bonae fidei*. Diese Aenderung ihrer Natur war eine nothwendige, da die strengen Klagen ihrem Character nach ein rechtliches Verhältniß voraussetzen.

Daß die *Conditionen* in ihrer Anwendung auf den Besitz *cond. incerti* sind, versteht sich von selbst, aber auch die L. 19. §. 2. de *precario* bestätigt dies.

Ihr Verhältniß zu den *Interdicten* ist der Art, daß dem Kläger die Wahl freisteht, sich des einen oder anderen Rechtsmittels zu bedienen.

Welche Einreden stehen dem Beklagten gegen die Besitzklagen zu? Wiewohl die Quellen selbst diese Frage nicht beantworten, so sind wir doch im Stande, hiebei ebenso sichere Regeln aufzustellen, als wenn wir sie aus den Quellen geschöpft hätten. Da nämlich die Besitzklagen nicht *petitorisch*, sondern *possessorisch* sind, so versteht sich von selbst, daß der Beklagte sich nur der *exceptio vitiosae possessionis*, der Verjährungseinrede und zwar der dreißigjährigen, so wie der Einrede aus dem *jus retentionis* bedienen kann, daß dagegen ihm alle auf den Erwerb eines Rechts, sei es eines dinglichen, sei es eines obligatorischen, gründenden Einreden versagt werden müssen.

Rechtsbesitz.

Daß der Rechtsbesitz in der factischen Ausübung eines bestimmten Rechts besteht, unterliegt keinem Zweifel. (L. 3. §. 2. de *itinere*.) Aber eben so ist sicher, daß dieses bestimmte Recht bei der Ausübung als ein Rechtsobject nicht gedacht wird, indem ein Recht nie zum Rechtsobjecte werden kann, da beide Begriffe einander logisch ausschließen. Dies und nichts anderes ist, wie ich glaube, der Sinn der Aeußerungen der Quellen: *nec possideri intelligitur jus incorporale*“ (L. 4. §. 27. de *usurp.*), „*possideri possunt, quae sunt corporalia*“ (L. 3. pr. de *poss.*). Der erstere Satz enthält scheinbar einen unnützen Pleonasmus, allein von dem Standpunkte der Römer aus war die Hervorhebung des Umstandes, daß das Recht eine

res incorporalis ist, eine vollkommen gerechtfertigte, indem das Römische Recht an den obligatorischen Leistungen keinen Besitz annahm. Der genannte Satz ist also so zu paraphrasiren: Ein Recht wird nicht beseßen, da dieses eine unkörperliche Sache ist, und nur körperliche Sachen ein passendes Object für den Besitz sind.

In welchem Verhältniß stehen nun die beiden gedachten Äußerungen zu den Ausdrücken: *possessio juris*, *possessio ususfructus*, die wir in einigen Stellen der Quellen lesen? Ist zwischen beiden ein Widerspruch? Ich denke mir die Römischen Juristen nicht so schwachköpfig, um mich für die Annahme zu entschließen, daß sie sich den *ususfructus* als ein Object des Besitzes des *ususfructus* gedacht haben sollten. Die genannten Ausdrücke enthalten also den Gedanken, daß in der factischen Ausübung eines bestimmten Rechts ein dem Sachbesitze analoges Verhältniß vorliege. Daher kommt auch außer *possessio juris* noch der Ausdruck *quasi possessio juris* vor.^{*)} Der Ausdruck *possessio juris* ist freilich ebenso ungeschickt, wie der deutsche Ausdruck Besitz des Rechts und der polnische *posiadanie prawa*, aber man mußte ihn gebrauchen, da keine passendere Benennung gebildet werden konnte, indem schon in der Bezeichnung des Sachbesitzes der Umstand hervorgehoben wird, daß die körperliche Sache ein Object desselben ist, indem also, sollte der Rechtsbesitz von dem Sachbesitze dem Namen nach unterschieden werden, dies nicht anders geschehen konnte, als durch Unterlassung der Hervorhebung, daß auch der Rechtsbesitz eine körperliche Sache zum Objecte habe.

Der Rechtsbesitz hat im Römischen Rechte eine höchst precäre Stellung. Die Römischen Juristen behandeln ihn nämlich mit großem Mißtrauen und beschränken ihn auf zwei Fälle: auf die Servituten und auf die *superficies*. Aber auch in beiden gedachten Fällen wäre er ganz bestimmt nicht entstanden, wenn in ihnen die Annahme eines irregulären (abgeleiteten)

*) Als verbum wird auch gebraucht: *quasi possidere* oder *intelligi possessionem habere* L. 32. inf. de S. P. U.

Sachbesitzes möglich wäre, indem die Römer offenbar den Rechtsbesitz für noch mehr anomal hielten, als den irregulären Sachbesitz. Bei der *Superficies* konnte der Sachbesitz darum nicht entstehen, weil die *Superficies*, das Gebäude, ein integrierender Theil des *solum*, des Grund und Bodens ist. Daraus, in Verbindung mit dem Satze, daß Theile von dem Besitzer des Ganzen besessen werden, ergiebt sich, daß der *Superficiar* als Besitzer des Gebäudes nicht gedacht werden konnte, da dies nur unter der einzigen Voraussetzung möglich wäre, wenn der Eigenthümer des *solum* seinen Besitz auf ihn übertragen und der *Superficiar* somit den Besitz sowohl an dem Gebäude, als auch an dem *solum* erworben hätte, (L. 15. §. 12. de damno inf.) was aber dem Inhalte der *superficies* widersprechen würde, da eine solche Uebertragung einen weit größeren Verzicht auf Seiten des Eigenthümers enthalten möchte, als es seine Absicht sein kann. Was die *Servituten* anbelangt, so giebt es unter ihnen einige, an denen der Sachbesitz wohl denkbar wäre, nämlich die *Personalservituten*, namentlich der *ususfructus*, welcher letztere sich, wie ich in meiner Schrift: *Krit. Erört. über die Servitutenlehre*, zu erweisen versucht habe, von den übrigen Dienstbarkeiten sehr wesentlich unterscheidet; daß man aber beim *ususfructus* und den übrigen *Personalservituten* sich für einen Rechtsbesitz entschieden hat, dies ist rein historisch zu erklären, nämlich daraus, daß man bei den gedachten *Servituten* von der in Betreff des Besitzes der früher entstandenen *Prädialservituten* geltenden Regel nicht abgehen wollte. Bei den *Prädialservituten* war aber die Annahme des Rechtsbesitzes eine Nothwendigkeit, da bei ihnen der Gesichtspunkt, daß sie an der dienenden Sache ausgeübt werden, ganz in den Hintergrund tritt, wie schon der Umstand beweiset, daß sie nicht als eine Last des dienenden, sondern als ein Recht des herrschenden Grundstückes aufgefaßt werden. Ueberdies werden nicht bei allen *Prädialservituten* solche Rechte ausgeübt, die in die Sphäre der Eigenthumsbefugnisse des Nachbarn fallen. Cf. darüber meine Schrift über die *Servitutenlehre*.

Eigenthümlich ist der Umstand, daß der Rechtsbesitz in dem

Römischen Rechte auf zwei Fälle beschränkt ist, indem nicht zu leugnen ist, daß jeder Besitz in der factischen Ausübung eines bestimmten Rechts besteht, und somit zwischen dem Rechts- und Sachbesitze kein anderer als dieser hiebei sehr unwesentliche Unterschied stattfindet, daß dasjenige Recht, welches beim Sachbesitze ausgeübt wird, sich in eine körperliche Sache verkörpert, was bei dem Rechtsbesitze nicht der Fall ist. Diese Eigenthümlichkeit konnte in Zweierlei ihren Grund haben: die Römischen Juristen haben den Rechtsbesitz entweder darum für anomal gehalten, weil sie sich denselben als ein Verhältniß ohne Object dachten, indem es ihnen entging, daß der Rechtsbesitz ebenso wie der Sachbesitz ein Object habe, oder auch darum, weil sie den Punkt, der den Rechtsbesitz an den Sachbesitz knüpft, nicht aufgefunden, d. h. es sich nicht klar gemacht, daß auch der Sachbesitz in der Rechtsausübung bestehe und derselbe also im Grunde genommen nichts anderes sei, als eine specielle Art des Rechtsbesitzes mit besonderem Namen. Bruns (§. 56.) sucht den Uebergang vom Sachbesitze zum Rechtsbesitze nicht in der Rechtsausübung, sondern in der Herrschaft über die Sache. Der Rechtsbesitzer beherrsche, meint er, die Sache factisch ebenso, wie der Sachbesitzer. Der Unterschied zwischen beiden bestehe nur in dem Umfange der Herrschaft, also darin, daß die Herrschaft des Sachbesitzers eine volle, die Herrschaft des Rechtsbesitzers aber eine beschränkte sei. Die Annahme, daß der Rechtsbesitz in einer beschränkten Herrschaft über ein Object bestehe, schränkt Bruns auf dingliche Rechte nicht ein, sondern er sucht deren Richtigkeit auch für die Obligationen und Personenrechte zu erweisen. Gegen diese Auffassung läßt sich einiges einwenden. Beim Besitze der Personenrechte kann schon darum von einer Herrschaft nicht die Rede sein, weil der Begriff der Herrschaft ein bestimmtes Object voraussetzt, ein solches Object aber hiebei mangelt. Beim Besitze der Obligationen übt zwar der Besitzer ein bestimmtes Recht an einem demselben entsprechenden Objecte aus, aber eine Herrschaft desselben über dieses Object ist ebenfalls nicht denkbar, da dasselbe eine Leistung des Schuldners ist, und der Begriff der Herrschaft nothwendiger-

weise ein körperliches Object voraussetzt. Und wäre auch die Herrschaft über eine obligatorische Leistung denkbar, so würde dieselbe keine beschränkte, wie Bruns annimmt, sondern eine volle sein müssen, da die Herrschaft ein untheilbares Ganze ist. Dem widerspricht der Umstand nicht, daß es mehrere Mitbeherrscher geben kann — dieser Fall tritt z. B. beim condominium ein, — indem jeder von den mehreren Herrschern die ganze Herrschaft an und für sich hat und dieselbe practisch nur darum nicht realisiren kann, weil das Recht des Einen mit dem Rechte des Anderen collidirt, und diese Collision, da zwischen ihnen eine Parität besteht, nicht anders auszugleichen ist, als dadurch, daß sich Alle in die Herrschaft pro partibus indivisis theilen. Daran muß aber festgehalten werden, daß diese Theile wirkliche partes pro indiviso sind und daß sie erst concursu entstehen. Daß auch im Kreise der dinglichen Rechte von einer beschränkten Herrschaft nicht gesprochen werden kann, folgt aus dem Gesagten von selbst, wiewohl bei ihnen ein geeignetes Object für die Annahme der Herrschaft vorliegt, indem hiebei eine körperliche Sache Object ist. Aber auch an eine volle Herrschaft ist hiebei nicht zu denken, indem sich sonst die dinglichen Rechte von dem Eigenthume nicht unterscheiden würden. So ist also nicht die Herrschaft, sondern die Rechtsausübung durchgehends das charakteristische Moment des Besitzes. Daß wir beim Sachbesitze von einer Herrschaft über die Sache reden können, kommt daher, daß das Eigenthumsrecht, welches bei dem Sachbesitze ausgeübt wird, sich in die Sache verkörpert. In dem Ausdrucke „Herrschaft über die Sache“ liegt also nicht die Negation einer Rechtsausübung, wie Bruns glaubt, sondern im Gegentheil eine Anerkennung derselben.

Es fragt sich nun, in welchem Umfange der Rechtsbesitz vom rechtsphilosophischen Gesichtspunkte aus zuzulassen ist. *)

*) Mit voller Ueberzeugung unterschreibe ich folgende Worte Brun's (S. 54.): „Alles rechtshistorische Studium, wenn es wahrhaft geschichtlich ist, und nicht etwa Eine Erscheinung der Geschichte für die Geschichte nimmt, muß nothwendig zur Rechtsphilosophie hinführen. In der Geschichte treten die Rechtsbegriffe stets in einseitiger Auffassung und Durch-

Daß derselbe an allen dinglichen Rechten gedacht werden kann, unterliegt keinem Zweifel, indem dieselben an einer körperlichen Sache ausgeübt werden, und der Rechtsbesitz somit ein Object hat, an das er geknüpft werden kann. Aber auch an Obligationen ist derselbe denkbar, indem die betreffende Leistung des Schuldners als Besitzobject angesehen werden kann. Nur freilich setzt der Besitz innerhalb der Obligationensphäre bestimmte Eigenschaften der Forderungsrechte voraus. Es sind zwei Voraussetzungen, unter denen allein eine Obligation oder vielmehr die ihr entsprechende Leistung des Schuldners besessen werden kann. Zunächst muß die Obligation nicht auf eine einmalige Leistung gehen, da es sich von selbst versteht, daß der Rechtsbesitz ein Recht factisch voraussetzt, das einer mehrmaligen Ausübung fähig ist. Dann müssen die Leistungen des Schuldners so beschaffen sein, daß sie nur als einzelne Ausflüsse einer einzelnen Obligation gedacht werden können und sich somit zu selbstständigen Obligationen an und für sich nicht gestalten. Demnach ist der Besitz auf solche Forderungsrechte einzuschränken, welche, wie Bruns richtig bemerkt, „entweder an dauernde personenrechtliche Verhältnisse geknüpft oder dauernd

führung hervor. Die Geschichte zeigt daher zwar die verschiedenen Standpunkte, die bei der Auffassung der Rechtsbegriffe möglich sind, die verschiedenen Consequenzen, zu denen sie fortentwickelt werden können, sie ist insofern die beste Bewahrerin vor Einseitigkeiten; allein sie läßt den Forscher zuletzt stets mitten unter allen jenen Möglichkeiten stehen, ohne ihm den Standpunkt anzugeben, von wo aus er auf der einen Seite die Erscheinungen der Vergangenheit übersehen und beurtheilen, und auf der andern den Anforderungen der Zukunft Genüge leisten kann. Will er sich daher nicht entweder vom bloßen Gefühle oder Tacte leiten lassen, oder sich ohne weiteren Grund einer einzelnen, etwa besonders glänzenden und liebgewonnenen Erscheinung der Geschichte anschließen, so bleibt ihm nichts übrig, als eine neue Führerin zu suchen, die ihn zu jenem Standpunkte hinleite, und diese Führerin ist eben Niemand anderes, als die Philosophie.“

Es versteht sich von selbst, daß unter der Philosophie hier nicht ein bestimmtes System verstanden ist. Der Philosoph vom Fache vermag überhaupt die Rechtsbegriffe in ihrer objectiven Wahrheit nicht aufzustellen, da er die juristische Schule nicht durchgemacht hat.

auf Sachen, namentlich Immobilien, radicirt sind.“ Eine Forderung, welche z. B. in einer ratenweise zu erhebenden Zahlung von Capitalzinsen besteht, kann also nicht besessen werden, indem jede Zahlung im festgesetzten Termine als ein Object einer besonderen Obligation erscheint. Dagegen können Leistungen besessen werden, die aus einem Unterthanen-, Gemeinde- oder Pfarrverhältnisse entstehen, indem dieselben zu einem allgemeinen Rechte concentrirt werden. Cf. überhaupt Bruns. — Können auch Personenrechte besessen werden? Bei Personenrechten mangelt es an einem Vermögensobjecte, also an jedem Objecte überhaupt, da jedes Object vermögensrechtlicher Natur ist. Soll also ein Besitz auch in der Sphäre der Personenrechte angenommen werden, so ist es klar, daß derselbe von anderer Beschaffenheit sein muß, als der Besitz der dinglichen Rechte und Forderungen. Bei den letzteren beiden ist der Wille der Person auf das Haben eines bestimmten Objects, auf das Beziehen eines bestimmten Objects auf sich, als das Rechtssubject, gerichtet. Im Kreise der Personenrechte ist keine andere Willensrichtung denkbar, als die auf das Haben einer bestimmten Stellung im Staate, in der Gemeinde, in der Familie, in der Kirche. Eine Uebertragung des Besitzbegriffs von den vermögensrechtlichen Verhältnissen aus in die Sphäre der Personenrechte ist also absolut unmöglich. Für die Personenrechte muß, sollen sie besessen werden, ein ganz neuer Begriff des Besizes geschaffen werden. Derselbe würde bestehen in dem factischen Genuße einer bestimmten Stellung im Staate, in der Gemeinde, in der Familie, in der Kirche.

Beim Rechtsbesitze läßt sich auch ein Zustand unterscheiden, der im Verhältniß zu ihm dessen Moment ist. Dieser Zustand, welcher sich zum Rechtsbesitze ebenso verhält, wie die Detention zum Sachbesitze, ist der Gebrauch eines bestimmten besitzfähigen Rechts. Auch darin findet eine Aehnlichkeit zwischen der Ausübung eines bestimmten Rechtsstoffes und der Detention statt, daß auch die erstere eine bestimmte Willensrichtung voraussetzt, und daß sie nur dann als ein in die Rechtssphäre fallendes Verhältniß gedacht werden kann, wenn der Ausübende nicht al-

lein psychisch, sondern auch juristisch willensfähig ist und wenn er außerdem die Eigenschaft einer Person hat.

Ich ergreife hier die Gelegenheit, eine irrige Meinung zu berichtigen, die ich in meiner Schrift über die Servituten vortragen habe. Gestützt darauf, daß das Römische Recht in dem Servitutenbesitze eine anomalische Erscheinung erblicke, glaubte ich, daß derselbe nie im bösen Glauben sein könne. In der L. 25. quemad. serv. heißt es zwar: *servitute usus non videtur, qui suo jure uti se non credidit*; aber die nachfolgenden Worte beweisen, daß das Wort *credidit* auch auf den *animus possidendi* bezogen werden kann. Die L. 7. de itinere hat folgenden Sinn: Geht Jemand über mein Grundstück, aber nicht in der Absicht, um eine *servitus itineris* auszuüben, sondern ohne diese Absicht, vielmehr mit dem Entschlusse, das fernere Gehen zu unterlassen, falls dem Eigenthümer dies nicht lieb sein und er ihm dies verbieten sollte, so hat er kein Interdict. Die L. 1. §. 10. und 19. de aqua quot. kann als Beleg für die Ansicht nicht angeführt werden, daß die Dienstbarkeiten nur *bona fide* besessen werden können, indem dieselbe auf das Interdict *de aqua quotid.* sich bezieht, welches allerdings aber ausnahmsweise nur einem Besitzer im guten Glauben dient.

Was den Erwerb und den Verlust des Besitzes der Rechte anbelangt, so kann dieser auf zweifache Weise stattfinden, nämlich entweder durch Aufgeben des entsprechenden Willens oder in Folge einer factischen Unmöglichkeit, das betreffende Recht auszuüben.

Die Lehre über die zum Schutze des Servitutenbesitzes dienenden Interdicte übergehe ich, da ich dieselben in meiner bereits citirten Schrift dargestellt habe.

Von dem Interdicte *de superficibus* wird hier darum nicht die Rede sein, weil dieses aus der Lehre über die *superficies* nicht herausgerissen werden kann.

Gehen wir nun auf die neueren Gesetzbücher über.

Das Oesterreichische Gesetzbuch sagt im §. 311.: „Alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, welche ein Gegenstand des

rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden.“ Der §. 313. erläutert dies näher, indem er folgende Fälle des Rechtsbesitzes angiebt: „wenn Jemand von einem Anderen etwas als eine Schuldigkeit fordert und dieser es ihm leistet; ferner wenn Jemand die einem Anderen gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet; endlich wenn auf fremdes Verlangen ein Anderer das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterläßt.“

Nach dem §. 311. können Zustandsrechte nicht beseffen werden, da dieselben kein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind.

Die Grenze, wo der Rechtsbesitz aufhört, wird im Uebrigen näher nicht angegeben, so daß die genannte Frage nach den Grundsätzen der Theorie zu entscheiden ist. In dem §. 312., der bemerkt, daß man „in den Besitz unförperlicher Sachen durch den Gebrauch derselben kommt,“ kann nämlich die Lösung derselben offenbar nicht gesucht werden.

Das Preussische Landrecht sagt im §. 5.: „Wer ein Recht für sich — ausübt, wird Besitzer des Rechts genannt.“ Da derselbe ganz allgemein gefaßt ist, so scheint es, als ob der Rechtsbesitz nach dem Preussischen Landrechte bei allen Rechten möglich wäre, die mit einer einmaligen Ausübung nicht erlöschen. Doch dem ist nicht so; aus der Stellung, welche die Besitzlehre in dem Gesetzbuche einnimmt, läßt sich schließen, daß der Rechtsbesitz auf Vermögensrechte beschränkt ist. Die Frage, in welchem Umfange der Rechtsbesitz innerhalb der Sphäre der Vermögensrechte entstehen kann, ist, da das Gesetz selbst hierüber nichts bemerkt, eine offene.

Das Baiेरische Gesetzbuch nimmt den Rechtsbesitz bei dinglichen, persönlichen und Zustandsrechten an. Cf. Cod. 1. 3. §. 4., wo es heißt: „Klagen, wodurch man den Stand gegen Andere zu behaupten oder zu widersprechen sucht, werden act. praejudiciales genannt und greifen gestalten Dingen nach, sowohl in petitorio als possessorio Platz.“

Noch sei bemerkt, daß dasselbe den Rechtsbesitz im §. 2. quasi possessio benennt. Dies ist nicht zu billigen. Der Zusatz quasi deutet nämlich auf ein rein analoges Verhältniß hin,

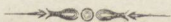
und der Rechtsbesitz ist ja nach dem Bairischen Gesetzbuche kein analoges Verhältniß, er steht vielmehr neben dem Sachbesitz als ein ebenbürtiges Glied. Nach dem Römischen Rechte ist der genannte Zusatz ein passender, nach dem Bairischen ist er es nicht. Dies haben sich dessen Redactoren nicht klar gemacht. — Alles Uebrige muß von dem Gesichtspunkte der juristischen Theorie aus entschieden werden.

Das Französische Gesetzbuch giebt im Art. 2228. einen Gattungsbegriff des Besitzes an, der sowohl den Sachbesitz als auch den Rechtsbesitz umfassen soll, aber auf eine unrichtige, höchst äußerliche Weise. Der gedachte Artikel lautet: *La possession est la detention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous mêmes, ou par un autre, qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.*“ Aus dem Art. 320. und 321. geht es hervor, daß dasselbe auch eine possession d'etat für möglich hält. Dieselben lauten nämlich: *„A défaut de ce titre, la possession constante de l'etat d'enfant légitime suffit. — La possession d'etat s'établit par une reunion suffisante de faits, qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille, à laquelle il prétend appartenir.“* — Alles Uebrige ist ebenfalls eine offene Frage.

Das Badische Landrecht schließt sich so wie im Uebrigen, so auch in der Besitzlehre an das Französische Gesetzbuch an.

Schließlich ist noch die Frage zu erörtern, wie der Besitz des Pfandgläubigers nach den angeführten neueren Gesetzbüchern aufzufassen ist. Da das Preussische Landrecht, durch Mißverständnis der Römischen *possessio civilis* und *naturalis* geleitet, einen unvollständigen Sachbesitz anerkennt, so ist, glaube ich, der Besitz des Pfandgläubigers nach demselben als ein unvollständiger Sachbesitz anzusehen. Nach den übrigen angeführten Gesetzbüchern muß dem Pfandgläubiger jeder Besitz versagt werden. Das demselben zukommende Verkaufsrecht ist nämlich kein geeigneter Gegenstand für den Rechtsbesitz, indem dasselbe gerade dann ausgeübt wird, wenn die Erlöschung des Pfandrechts und also auch des Besitzes bezweckt wird. Da nun das

selbe die Erlöschung des Pfandrechts mit sich bringt, so kann es dessen Entstehung und Erhaltung unmöglich bezwecken. Das wäre ein offenkundiger Widerspruch. Ueberdies gehört das Verkaufsrecht zu der Kategorie der Rechte, deren Ausübung wiederholter Weise nicht vor sich gehen kann, so daß die Annahme der Pfandgläubiger besitze das Verkaufsrecht, schon factisch unmöglich ist. Man sage nicht mit Bruns: das Verkaufsrecht könne freilich nicht besessen werden, aber wohl ein anderes Recht, welches der Pfandgläubiger ebenfalls ausübt, nämlich das Retentionsrecht. Ich denke, daß letzteres Recht schon darum zum Inhalte des Rechtsbesitzes nicht erhoben werden darf, weil dasselbe auch dem bloßen Detentor zukommen kann, und somit kein dem Besitze entsprechendes Recht ist, der Besitz aber jedenfalls ein solches voraussetzt. Uebrigens reicht auch das Pfandrecht weiter, als das Retentionsrecht, indem letzteres nur die Befugniß erteilt, die Sache dem Pfandschuldner gegenüber zu behalten, nicht aber auch sie von ihm oder einem Dritten zurückzufordern, noch auch jede Störung des Besitzes zu verbieten, der Besitz aber gerade das Recht auf unbedingte Rückgabe und Abwendung aller Störungen enthält. Was folgt daraus, daß der Faustpfandgläubiger weder ein Sachbesitzer *cum animo domini* noch ein Rechtsbesitzer nach den angeführten neueren Gesetzbüchern sein kann? Wenn man den Umstand berücksichtigt, daß der Besitz des Faustpfandgläubigers wünschenswerth ist, nur dieses, daß die neueren Gesetzbücher von den vier Fällen des Römischen abgeleiteten, irregulären Sachbesitzes einen hätten beibehalten sollen. Die Rechtsconsequenz muß hier, soll dem Bedürfniß des practischen Lebens Genüge geschehen, gebrochen werden. Daß diese Auffassung eine juristisch unerhörte nicht ist, davon überzeugt Jeden das Studium des Römischen Rechts.



Zusätze.

1) Ergänzung des Beweises, daß der Sachbesitz keine Eigenthumsbefugniß ist. Der Sachbesitz kann schon darum keine Eigenthumsbefugniß sein, weil derselbe ein Verhältniß ist, und ein Verhältniß unmöglich zu einer Befugniß eines anderen Verhältnisses werden kann. Dafür, daß derselbe keine Eigenthumsbefugniß ist, spricht ferner der Umstand, daß er nicht rechtlicher, sondern factischer Natur ist, jede Eigenthumsbefugniß aber, als Ausfluß eines Rechts, rechtlicher Natur sein muß. Endlich kann der Sachbesitz aus dem Grunde keine Eigenthumsbefugniß sein, weil er seinem Wesen nach nichts anderes ist, als factische Ausübung desjenigen Rechtsstoffes in seiner Totalität, welcher den Inhalt des Eigenthums bildet. Es leuchtet nämlich von selbst ein, daß derselbe als factische Ausübung des Eigenthums in seiner Totalität, keine einzelne Befugniß desselben sein kann.

2) Verhältniß des *corpus* und *animus* zu einander. Hierulff faßt das *corpus* und *animus* als genetische Vorbereitungsstufen für den Begriff des Besitzes. Dieser Auffassung kann ich nicht beistimmen. Das *corpus* und *animus* sind als Momente des Besitzes aufzufassen, so daß sie demselben genetisch nicht voran gehen, sondern vielmehr mit ihm gleichzeitig entstehen. Das Verhältniß des *corpus* zum *animus* ist nun folgendes: das *corpus* ist die thatsächliche Realisirung des *animus*. Der Wille vermag darum den Besitz ohne das entsprechende Können nicht zu begründen, weil der Besitz ein Factum ist, jedes Factum aber nicht allein gewollt, sondern auch gesetzt werden muß.

3) Pomponius sagt in den L. 30. §. 2. de usurp., daß nicht die grex, sondern die singula capita besessen und eressen werden. Auf Grund dieser Aeußerung habe ich in Uebereinstimmung mit der herrschenden Theorie oben angenommen, daß die grex zwar ein Eigenthumsobject, aber nicht ein Besizobject ist. Nach reiflicherer Ueberlegung halte ich diese Behauptung nicht für richtig. Pomponius stellt offenbar den Besiz einer grex nur im Hinblick auf die Usucapion in Abrede. Die einzelnen capita werden darum einzeln eressen, weil sie dadurch, daß sie unter den ideellen Begriff der Heerde fallen, ihre Existenz nicht einbüßen, vielmehr auch als einzelne Stücke in Betracht kommen, so daß der Eigenthümer der Heerde nicht nothwendig auch Eigenthümer aller einzelnen zu ihr gehörenden Stücke ist. Aber eben so wie der Eigenthümer der Heerde, ungeachtet er nicht Eigenthümer aller einzelnen zu ihr gehörenden Stücke ist, dieselbe vindiziren kann, muß auch dem Besizer frei stehen, die Heerde mit einem Interdicte zurückzufordern, wiewohl er dieselbe nicht usucapirt, sondern nur die einzelnen capita. Das Resultat ist also dieses: In Hinblick auf die Usucapion giebt es keinen Besiz der grex, wohl aber in Hinblick auf die Interdicte.

4) Bei der Interpretation der L. 1. §. 29. de vi „Item Labeo ait, eum, qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum. Sed Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere. Ego etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum.“ huldigte ich oben der Ansicht Savigny's und las statt Ego: Ergo. Nun glaube ich, daß diese Emendation ganz unnöthig ist. Die Sache ist die: es werden in dem angeführten §. der L. 1. drei Meinungen angeführt: des Labeo, des Pomponius und des Ulpian. Labeo nahm die Dejection in dem gedachten Falle an, und zwar höchst wahrscheinlich unter der stillschweigenden Voraussetzung, wenn der Gegner das Grundstück occupirt; Pomponius glaubte, daß die Dejection im Falle der Flucht des Besizers unter keinen Umständen angenommen werden

kann, indem dieselbe eine *vis corporalis* voraussetze, d. h. einen wirklichen Angriff auf den Besitzer; Ulpian entscheidet sich für die Meinung des *Pabeo*; er hebt aber den von *Pabeo* stillschweigend vorausgesetzten Umstand ausdrücklich hervor. Die Vermuthung, daß *Pomponius* mit seiner zu engen Definition der *vis* ganz isolirt gestanden hat, ist schon oben ausgesprochen worden.

5) Die *L. 19. §. 2. de precario* wird nach den gewöhnlichen Ausgaben so gelesen: *Quum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti conditione (id est) praescriptis verbis.* Der Zusatz *id est*, der in der Parenthese steht, ist unzweifelhaft ganz überflüssig, da die *actio in factum* eine besondere Klage neben der *conditio* ist, wie oben gezeigt wurde.

6) Auf pag. 117. wird gesagt: „Der Umstand aber, daß der *Dejectirte* das *interd. de vi* hat, bedarf keines Beweises, indem es sich von selbst versteht, daß die *Dejection* sich in Folge des Verzichtes auf Vertreibung in eine *Nichtdejection* nicht verwandelt.“ Diese Worte bedürfen einer Erklärung. Nach der von uns aufgestellten Definition der *vis* findet im Falle, wenn das Grundstück ohne Wissen des Besitzers occupirt wurde, keine *Dejection* statt, weder in dem Zeitpunkte der *Occupation*, noch im Zeitpunkte, in welchem der Besitzer dieselbe in Erfahrung gebracht hat. Da aber dem so entsetzten Besitzer zum Behufe der Vertheidigung des Besitzes ein *Interdict* zustehen muß, indem nicht angenommen werden kann, daß der Satz: der Besitzesverlust eines Grundstücks könne *clam* nicht eintreten, den Besitzer sowohl des *interd. de land. possessione*, als auch jedes anderen *Interdicts* berauben sollte, wenn er nicht gesonnen ist, zur Eigenmacht seine Zuflucht zu nehmen, und da kein passenderes *Interdict* ihm in dem gedachten Falle zustehen kann, als es das *interd. de vi* ist, so kann wegen der Zuständigkeit des *interd. de vi* gesagt werden, daß in dem vorerwähnten Falle eine *Dejection* juristisch angenommen werde. Diese Erklärung enthält zugleich auch eine Berichtigung des auf pag. 117. Gesagten. Denn nicht wegen der

Dejection steht dem enteigneten Besitzer das interd. de vi zu, sondern es wird gerade umgekehrt die Dejection juristisch fingirt, um dem enteigneten Besitzer das interd. de vi zu sichern. Ich weiß wohl, daß die obige Deduction auf den ersten Blick als eine unnatürliche, spitzfindige erscheint. Aber die Sachen stehen einmal so, daß es nur die Alternative giebt, entweder muß der hier vorgetragenen Ansicht beigetreten, oder die Ansicht aufgestellt werden, daß die Lage des Besitzers in Folge der Entstehung des Sages, daß Grundstücke clam nicht besessen werden können, sich verschlechtert hat, indem er von nun an das interd. de vi sich nur durch versuchte Eigenmacht sichern kann. Die erstere Alternative halte ich nun für die richtigere, nicht allein darum, weil der gedachte Satz offenbar nicht zum Nachtheil, sondern zum Vortheil der Besitzer entstanden ist, sondern auch darum, weil die Eigenmacht durch das Gesetz Valentinian's III. verpönt wurde, der Besitzer somit, wäre die Ansicht Savigny's eine richtige, sowohl im Falle der versuchten, als auch im Falle der unterlassenen Gewalt keinen Anspruch auf rechtliche Zurückforderung des Besitzes haben würde.

